

## PREMESSA

**A**lle ore 22.00 del 19 aprile 2016, al termine di una calda e nuvolosa giornata di metà primavera, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana ed è entrato immediatamente in vigore il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Pur perdendo il nome unitario (e, in certo modo, rassicurante) di *Codice dei contratti pubblici*, dietro la più anonima e burocratica definizione di decreto di “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”, il d.lgs. n. 50/2016 costituisce una rivoluzione copernicana dei sistemi di affidamento e gestione delle commesse pubbliche.

A dieci anni e qualche giorno dalla sua originaria approvazione viene, dunque e definitivamente, abrogato il *primo* Codice unico dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

In una chiave di lettura generale, un intervento legislativo deciso era necessario.

Tuttavia, non sempre l’approvazione di nuove norme, che in questo caso arrivano sino alla integrale variazione della disciplina di riferimento, è sufficiente a garantire il miglioramento; occorrono coerenti mutamenti culturali e organizzativi. Del resto, è proprio dall’esperienza applicativa del Codice del 2006 che discende questa conclusione. In effetti, il *primo* Codice ha nel tempo manifestato un duplice limite: per un verso, un’assoluta instabilità della disciplina dovuta alle continue modifiche che, come noto, si sono succedute in questi due lustri terremotando di continuo il quadro normativo di riferimento; per un altro verso, un’eccessiva regolamentazione - non richiesta dagli *standard* comunitari - che ha imbrigliato negativamente il sistema degli appalti.

In quest’ottica, l’attuazione delle nuove direttive ha rappresentato (e speriamo continui a rappresentare in fase di normazione secondaria) una *chance*

primaria per superare i limiti della previgente disciplina. Anzi, tra i numerosi principi guida della riforma, quello che potrebbe avere l'impatto più significativo è il c.d. divieto di *gold plating* in virtù del quale non potranno essere introdotti (o mantenuti) livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle tre direttive UE.

Proprio la riduzione del numero complessivo di articoli di cui si compone il d.lgs. n. 50/2016 sembra muoversi in questa direzione. Infatti, dai circa 600 articoli della *vecchia* sovrastruttura legislativa primaria e secondaria tra Codice del 2006 e Regolamento del 2010, si giunge oggi ad una struttura più snella di 220 articoli dell'attuale testo codicistico. Tuttavia, è sin d'ora possibile notare una generale e più consistente estensione della lunghezza delle singole disposizioni, con il rischio che a un numero maggiore di articoli "*snelli*" sia sostituito un numero minore di articoli "*corpulenti*" e "*ricchi*" di commi; anche se ciò sarebbe in parte dovuto alla opzione prescelta dal legislatore delegato di procedere con un "*copy out temperato*" del testo delle direttive europee nell'ordinamento nazionale. Ad ogni buon conto, per un giudizio definitivo sul punto occorrerà verificare il "peso" (anche quantitativo) che avranno gli interventi di c.d. *soft law* che dovrebbero affiancarsi (se non sostituirsi *tout court*) alla normazione regolamentare.

Sempre in chiave generale, il d.lgs. n. 50/2016 opta per una *rinnovata* "ordinarizzazione" delle procedure di affidamento: ossia per una consistente riduzione delle possibilità per le stazioni appaltanti di accedere a deroghe alle procedure ordinarie. Sul punto, la previsione di poche procedure costituisce certamente una novità da accogliere positivamente; ma ciò non tanto perché l'introduzione di procedure derogatorie a quelle ordinarie costituisce in sé una violazione della disciplina comunitaria; bensì perché – e quasi paradossalmente – in sede applicativa diventa più agevole la formazione di prassi procedurali standard la cui costante e ripetuta applicazione possa favorire la dimestichezza e la familiarità (delle singole stazioni appalti e dei diversi operatori del settore) con le disposizioni che ne regolano il funzionamento.

Come già più volte sostenuto in passato, occorre evitare che una visione patologica del settore della contrattualistica pubblica (oggi preponderante nell'opinione dei più) ingessi ulteriormente le procedure di affidamento. Una maggiore discrezionalità nel sotto soglia, purché responsabilmente esercitata, è un buon segnale per i mercati. Al contrario, devono essere incrementati i controlli per evitare che gli abusi si verifichino (o che una volta che si siano verificati questi possano essere individuati, sanzionati e corretti): e ciò può avvenire esclusivamente garantendo una più ampia giustiziabilità delle scelte derogatorie delle stazioni appaltanti.

Le innovazioni del "nuovo Codice" sono molte. Dall'aggregazione delle stazioni appaltanti alla riqualificazione dell'offerta attraverso i criteri repu-

tazionali per le imprese e la limitazione dell'avvalimento; dal *favor* per il criterio costo-qualità e il conseguente depotenziamento del massimo ribasso, allo sviluppo delle gare telematiche; dalla centralità del progetto (esecutivo), all'incremento del partenariato pubblico-privato e della disciplina delle concessioni, tutto sotto il presidio forte (forse anche troppo?) dell'Autorità nazionale anticorruzione.

Il *mix* di rigore e di semplificazioni che emerge dal nuovo codice costituisce una delle sfide più interessanti per il futuro.

La "*corsa contro il tempo*", anche a fronte dell'approvazione della legge delega solo in data 28 gennaio 2016, ha indotto ad accelerare la procedura di A.I.R. e di consultazione degli *stakeholders*, sebbene il dibattito e il confronto nei due anni successivi all'emanazione delle direttive sia stato intenso e ricco di indicazioni. L'importante parere del Consiglio di Stato, in gran parte recepito nel testo finale, ha infine contribuito ai miglioramenti e alla disciplina del regime transitorio scolpita nell'attuale art. 216 del nuovo testo codicistico.

\* \* \*

Attraverso questo primo volume di commento, pubblicato immediatamente a valle dell'approvazione del d.lgs. n. 50/2016, la Casa Editrice prosegue nella serie di progetti editoriali finalizzati alla disamina e analisi di quella che sarà (o meglio già è) la *futura* regolazione dei contratti pubblici.

Infatti, dopo la pubblicazione *in media res* di una serie commenti in corso d'opera allo schema di Codice all'interno di numero speciale della Rivista *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, e di una prima raccolta normativa *ad hoc*, con questo volume si vuole offrire un prima serie organica di commenti e analisi del nuovo Codice.

In aggiunta, si è deciso di corredare il volume di una ampia e articolata Appendice contenente i lavori preparatori, i pareri e le relazioni istituzionali di maggiore rilievo relativi allo schema di Codice, così da poter supportare la lettura, sia del testo delle norme, sia di quello dei commenti, in assenza – come è ovvio in questa primissima fase – del fondamentale apporto della giurisprudenza.

L'intento è, dunque, quello di mettere nelle mani del lettore uno strumento scientifico che operi da guida all'interno della riforma e di un territorio che possiamo definire ancora *vergine*; uno strumento, infine, che possa essere d'ausilio per tutti coloro che svolgono il complesso *mestiere* dell'affidamento di contratti pubblici, ovvero per coloro che con tale attività si devono quotidianamente confrontare.

\* \* \*

Prima di chiudere questa premessa e lasciare alla lettura dei commenti, è un dovere ringraziare tutti gli Autori per aver saputo riversare in questo volume le proprie specifiche competenze, nonché per la rapidità di analisi con la quale hanno saputo approcciare le nuove disposizioni codicistiche allo scopo di costruirne un primo commento in assenza di qualsiasi punto riferimento (e anzi con la speranza di divenirlo).

Un sincero ringraziamento, infine, deve essere indirizzato allo Studio Editoriale Cafagna che ha coordinato e puntualmente realizzato in tempi record la complessa impaginazione di questo volume.

Roma-Milano, 8 maggio 2016

FRANCESCO CARINGELLA  
MARCO GIUSTINIANI  
PIERLUIGI MANTINI

# CAPITOLO 7

## *LA SELEZIONE DEGLI OFFERENTI*

di *Daniele Villa*

**SOMMARIO:** 1. Profili introduttivi. – 2. Commissioni giudicatrici – albo dei commissari di gara – fissazione dei termini per la presentazione delle offerte. – 3. I requisiti per la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica: le cause di esclusione. – 4. (*Segue*): i requisiti di partecipazione di carattere speciale. – 5. Soccorso istruttorio – tassatività delle cause di esclusione – sistema di premialità. – 6. Il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici. – 7. Banca dati nazionale degli operatori economici – *E certis* – documento di gara unico europeo. – 8. Mezzi di prova – certificazioni di qualità ambientali – rapporti di prova certificazioni e altri mezzi di prova – elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazioni. – 9. L’avalimento. – 10. Riduzione del numero dei candidati. – 11. Le garanzie assicurative in sede di offerta.

### **1. Profili introduttivi**

Con cadenza decennale, a livello europeo vengono riviste le regole in materia di appalti al fine di adeguarle al mutato contesto socio-economico e assicurare così il migliore soddisfacimento delle istanze e degli interessi *medio tempore* emersi nell’ambito dell’Unione Europea. Dall’esame delle nuove direttive adottate nel 2014 in materia di appalti e concessioni – ed in particolare dalla lettura dei “considerando” – si nota subito, infatti, che questa volta il Legislatore comunitario non si è limitato a garantire il tradizionale obiettivo della tutela della concorrenza ma ha inteso valorizzare un uso per così dire “strategico” dei contratti pubblici<sup>1</sup>. Nella consapevolezza che l’impianto normativo esistente ha consentito una soddisfacente apertura dei mercati nazionali nel settore degli appalti pubblici, le nuove regole comunitarie delineano un sistema in grado di perseguire ulteriori ambiziosi

---

<sup>1</sup> L’ultima riforma del diritto comunitario, a valle della quale è stato adottato il codice in commento, è avvenuta attraverso le direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE dedicate agli appalti di servizi lavori e forniture rispettivamente nei ordinari e speciali nonché mediante la direttiva 2014/23/UE che, per la prima volta nel panorama europeo, ha dettato una specifica disciplina comune in tema di concessioni.

obiettivi riguardanti, fra l'altro, l'efficiente utilizzo delle risorse pubbliche, la lotta alla corruzione, il rilancio dell'economia, l'innovazione, l'accesso al mercato delle piccole e medie imprese, la tutela ambientale e la responsabilità sociale<sup>2</sup>.

La ciclica revisione della disciplina comunitaria in tema di appalti – in tesi realizzabile attraverso puntuali modifiche delle regole esistenti – avviene di norma attraverso l'integrale sostituzione del precedente regime con le norme contenute nelle nuove direttive. Gli Stati membri sono pertanto posti di fronte all'alternativa di selezionare autonomamente le parti effettivamente innovative, adeguando parzialmente il quadro normativo vigente, ovvero procedere ad una integrale rivisitazione della materia.

Nel nostro ordinamento, la necessità di recepire le nuove direttive (una, peraltro, del tutto inedita in materia di concessioni) è stata colta come l'occasione per procedere ad una integrale revisione della normativa in tema di contrattualistica pubblica. Fra i principi ispiratori della riforma della disciplina dei contratti pubblici, infatti, appare subito preminente l'intento di procedere ad una ricognizione sistematica della materia, attraverso la riduzione e la razionalizzazione del complesso delle disposizioni esistenti, al dichiarato fine di ottenere un più elevato livello di certezza del diritto e la semplificazione dei procedimenti.

L'ambizioso progetto, politico prima ancora che giuridico, si è subito scontrato con l'esigenza di dover procedere al recepimento di direttive comunitarie spesso caratterizzate da un obiettivo appesantimento della struttura normativa, tesa, oltre il necessario, a specificazioni e precisazioni che rendono talvolta il testo di difficile lettura. Si aggiunga, inoltre, che la necessità di elaborare disposizioni applicabili ad ordinamenti giuridici eterogenei ha inevitabilmente inciso sulla accuratezza della terminologia delle direttive ove sono talvolta utilizzate formulazioni non tecniche per la descrizione delle relative fattispecie.

Nel delineato contesto, il Legislatore delegato è stato incaricato di realizzare un codice "snello", trovandosi, tuttavia, a dover trasporre nell'ordinamento tre nuove direttive (invece delle due precedenti) che peraltro, rispetto al regime previgente, appaiono lunghe e complesse.

---

<sup>2</sup> Per alcuni commenti sulle nuove direttive, v., senza pretesa di esaustività, R. CARANTA – D. COSMIN DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in Urb. e appalti, 2014, pp. 493 ss.; C. CONTESSA – D. CROCCO, *Appalti e concessioni. Le nuove direttive europee*, Roma, 2015; AAVV in S. GALLO (a cura di), *Le nuove direttive in materia di appalti e concessioni*, Bologna, 2014; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, Relazione al Convegno *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Varenna 17-19 settembre 2015.

Oltre al descritto dato di partenza “europeo”, in sede di recepimento sono emerse ulteriori criticità collegate al processo di approvazione della legge delega, attraverso la quale è stato dato mandato al Governo per l’adozione del nuovo codice dei contratti pubblici. Sebbene, all’indomani della pubblicazione delle nuove direttive, fosse noto a tutti che le nuove regole europee dovessero essere trasposte nel nostro ordinamento entro il 17 aprile 2016, la delega è stata formalizzata soltanto con la l. 28 gennaio 2016, n. 11, riducendo così sensibilmente il tempo a disposizione per la redazione del testo normativo di recepimento. Il travagliato *iter* di approvazione ha peraltro comportato un progressivo appesantimento della struttura della legge che, nella versione finale, conta ben 71 principi di delega che il Governo è stato chiamato a recepire nell’ambito della nuova normativa in materia di appalti e concessioni<sup>3</sup>.

Nonostante le tempistiche ristrette per recepire un complesso sistema di regole innovative, in data 4 marzo 2016 è stato approvato in Consiglio dei Ministri lo schema preliminare del decreto legislativo<sup>4</sup>. Successivamente all’acquisizione del parere del Consiglio di Stato e delle competenti Commissioni della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, è stato, infine, definitivamente adottato il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante per l’appunto il nuovo codice dei contratti pubblici (definito, di seguito, per semplicità soltanto “codice”)<sup>5</sup>.

Le descritte vicende spiegano il perché il testo talvolta non appaia di immediata chiarezza nonché talune imperfezioni di collocazione sistematica dell’articolato, dovute probabilmente al pochissimo tempo avuto a disposizione per recepire un nuovo quadro normativo (europeo e nazionale), non sempre chiaro o coerente. Tuttavia, nonostante persistano aspetti che meriterebbero affinamenti e correzioni – che per la più parte potranno essere introdotte tramite decreti correttivi contemplati dalla legge delega – per quanto attiene ai temi trattati in questa sede, il testo sembra avere tragguardato, nel complesso, gli ambiziosi obiettivi di innovazione e semplificazione perseguiti dalla riforma del settore.

---

<sup>3</sup> Per una disamina dei principali istituti contenuti nella legge delega, v. P. MANTINI, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici*, Milano, 2015.

<sup>4</sup> Per un primo commento allo schema di decreto legislativo, v. AA.VV., *Il nuovo codice dei contratti pubblici – primi commenti allo schema di decreto*, in *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, numero speciale, 2016, n. 1-2.

<sup>5</sup> Sullo schema di decreto legislativo si è pronunciata, in sede consultiva, la Commissione Speciale del 16 marzo 2016 del Consiglio di Stato con parere in data 1 aprile 2016, n. 855. Nel presente contributo, i richiami alle valutazioni svolte dai Giudici di Palazzo Spada in relazione allo schema di decreto legislativo devono, pertanto, ritenersi riferiti al predetto parere.

Nello specifico, con il presente contributo, verranno esaminate, in prima lettura, le disposizioni di cui agli artt. da 77 a 93, contenuti nella Parte II, Titolo III, Capo III, Sezione II del codice dedicata in particolare alla “selezione degli offerenti”.

In termini generali, è possibile osservare che la Sezione in commento reca, per la più parte, la disciplina dei processi di valutazione dei requisiti di affidabilità e delle capacità tecnico-economico-professionali degli operatori economici, sebbene i primi tre articoli riguardino, più specificatamente, le commissioni giudicatrici e ed i termini per la presentazione delle domande. Pur non esistendo regole obbligatorie nella suddivisione dell'articolato di un testo normativo, va rilevato che le commissioni giudicatrici sono organi straordinari della stazione appaltante, deputati alla valutazione delle offerte nell'ipotesi in cui vengono utilizzati criteri di aggiudicazione non automatica. Il controllo dei requisiti di partecipazione, non implicando valutazioni tecnico-discrezionali, non rientra tuttavia fra le attività per le quali sussiste una riserva obbligatoria di commissione, sebbene per prassi a tali organi vengano talvolta demandate anche dette verifiche.

Da un punto di vista sistematico, quindi, atteso il collegamento strutturale delle commissioni giudicatrici con la fase di selezione delle offerte (e non con la qualificazione dei concorrenti), sarebbe stata più razionale la collocazione di tali disposizioni nella Sezione successiva, appositamente dedicata ai criteri di aggiudicazione ed alla valutazione delle offerte. Considerazioni analoghe potrebbero essere svolte in merito all'art. 79 probabilmente collocabile nella precedente Sezione del codice, a completamento della normativa relativa alle tempistiche di pubblicazione dei bandi e della presentazione delle offerte.

A prescindere da tali rilievi formali, come anticipato, l'articolato disciplina, oltre ai temi prima ricordati, gli istituti tradizionalmente riferiti alla fase di qualificazione degli offerenti ed in particolare, quelli riguardanti, fra l'altro, le cause di esclusione, i requisiti speciali di partecipazione, il soccorso istruttorio, l'avvalimento, ed i mezzi di prova<sup>6</sup>.

Rinviando alla successiva trattazione la disamina dei singoli istituti, già da un primo esame delle norme si evince come il nuovo codice abbia in-

---

<sup>6</sup> Nella manualistica di settore, seppur con riferimento alla normativa previgente, i predetti istituti sono stati oggetto di autorevoli studi. In proposito, v., senza pretesa di esaustività, A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2012; F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. IV *I contratti pubblici*, Roma, 2014; F. CARINGELLA – M. PROTTO (a cura di), *Codice e regolamento unico dei contratti pubblici*, Roma, 2011; M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; F. SAITTA (a cura di), *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008.

trodotto importanti innovazioni rispetto alla normativa previgente, al chiaro intento di soddisfare le finalità individuate dalle nuove direttive comunitarie ed ulteriormente specificate nella legge delega.

Significative appaiono, innanzitutto, le nuove regole di nomina e di composizione delle commissioni giudicatrici, nell'ambito delle quali, a maggiore garanzia di imparzialità e di competenza, l'individuazione dei relativi membri è stata sottratta definitivamente alle singole stazioni appaltanti, tramite l'istituzione di un unico albo nazionale dei commissari di gara.

Con riferimento alla dimostrazione della capacità degli operatori, lo sforzo di semplificazione delle procedure si percepisce dalla rilevanza attribuita agli strumenti informatici ed alle banche dati *on line* – a regime da utilizzare obbligatoriamente per l'acquisizione dei dati rilevanti alla qualificazione degli operatori – nonché dall'introduzione della disciplina del nuovo documento unico di gara europeo, che dovrebbe sostituire i differenti formulari spesso utilizzati dalle stazioni appaltanti.

Sempre in tema di semplificazione, va salutato con favore – ove siano rispettate le tempistiche scandite dal codice e comunque con gli opportuni coordinamenti fra i diversi soggetti coinvolti – l'attuazione della disciplina di dettaglio attraverso strumenti di regolazione flessibile, demandata a linee guida applicative di competenza dell'ANAC ovvero a regolamenti ministeriali.

Attraverso la valorizzazione del soccorso istruttorio e la specificazione di talune regole in tema di avvalimento, l'impianto generale mira, inoltre, a privilegiare un approccio di carattere sostanziale, a scapito di sterili formalismi che in passato imponevano, anche a pena di esclusione, complessi oneri dichiarativi e di "confezione" dell'offerta. Nel mutato contesto, viene quindi valorizzato il sostanziale possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione piuttosto che la mera dichiarazione formale degli stessi (la cui irregolarità diviene irrilevante).

Sempre in un'ottica sostanziale, il nuovo impianto normativo predispone, infine, un accurato sistema di controlli volti ad accertare che la struttura tecnico-organizzativa, attestata dai concorrenti in sede di gara, corrisponda all'effettiva idoneità della struttura aziendale rispetto alla commessa affidata.

Nel tentare una disamina in prima lettura delle importanti novità previste nel codice, nelle prossime pagine verranno esaminati i temi principali oggetto della Sezione in commento, accorpando, per maggiore chiarezza espositiva, le disposizioni che trattano profili omogenei e collegati, senza seguire la successione dell'articolato tracciata dal codice.

## **2. Commissioni giudicatrici-albo dei commissari di gara – fissazione dei termini per la presentazione delle offerte**

Fra le principali novità, destinate ad impattare in maniera considerevole sul

funzionamento delle procedure di gara, merita attenzione senza dubbio la nuova disciplina delineata dalla legge delega, e recepita dal codice, in merito alle modalità di selezione e di funzionamento delle commissioni giudicatrici.

Per comprendere la portata innovativa delle disposizioni introdotte dal codice, è utile ricordare che, nell'ambito delle procedure di affidamento di commesse pubbliche, la valutazione delle offerte, ove implichi la necessità di esprimere dei giudizi qualitativi<sup>7</sup>, è affidata ad apposite commissioni giudicatrici, composte da soggetti connotati da competenze altamente qualificate nello specifico settore oggetto della gara. Nel sistema previgente, l'individuazione e la nomina dei membri di dette commissioni competeva alla singola stazione appaltante, cui era riservata, fra l'altro, la presidenza del seggio di gara, attraverso un proprio dirigente.

La legge n. 11/2016 ha invece demandato al Legislatore delegato l'elaborazione di un modello del tutto nuovo, prevedendo, a regime, la costituzione di un albo nazionale obbligatorio dei commissari di gara dal quale attingere per selezionare i componenti delle commissioni. Più in particolare, i principi informativi della riforma, da recepire nel codice, riguardavano: la creazione di un albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici di appalti e concessioni; la previsione, ai fini dell'iscrizione all'albo, dei requisiti di moralità, di competenza e di professionalità dei soggetti ammessi all'albo, nonché delle cause di incompatibilità e di cancellazione dal medesimo albo; l'individuazione dei componenti delle commissioni giudicatrici mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno doppio rispetto ai componenti da nominare; l'attribuzione all'ANAC del compito di definire, con propria determinazione, la disciplina generale per la tenuta dell'albo, comprensiva dei criteri per il suo aggiornamento.

La complessiva disciplina brevemente descritta è stata recepita nel codice attraverso gli artt. 77 e 78 riguardanti la regolazione, rispettivamente, delle commissioni giudicatrici (definite in rubrica "commissioni di aggiudicazione") e dell'albo dei componenti delle commissioni giudicatrici.

Passando all'esame del testo normativo, l'art. 77 prevede innanzitutto che, nei casi in cui l'aggiudicazione debba avvenire con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico deve essere affidata ad una commissione giudicatrice, composta

---

<sup>7</sup> Ci si riferisce, in particolare, alle ipotesi in cui l'appalto debba essere aggiudicato sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, oggi ulteriormente riferito al miglior rapporto qualità-prezzo.

da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto. In termini generali, il nuovo codice si pone in linea con l'impostazione previgente secondo la quale il ricorso a competenze tecniche qualificate per la valutazione delle offerte è obbligatorio quando l'aggiudicazione avviene sulla base di criteri che implicano l'espressione di giudizi connotati da valutazioni tecnico-discrezionali.

Dal tenore della norma, è ancora lecito ritenere che la commissione giudicatrice si configuri come organo straordinario, temporaneo e con funzioni consultive a favore della stazione appaltante, incaricato di procedere all'esame delle offerte attraverso l'esercizio esclusivo di valutazioni connotate da discrezionalità tecnico-scientifica o giuridico-finanziaria<sup>8</sup>.

Sotto diverso profilo, la norma conferma la regola secondo la quale i membri della commissione devono essere esperti nello specifico settore riguardante l'oggetto dell'affidamento. Rispetto a tale profilo, mutuando i principi elaborati dalla giurisprudenza nell'ambito dell'analogo regime previgente, è possibile affermare che la disposizione in commento non imponga che l'esperienza di ciascun componente debba necessariamente coprire tutti gli aspetti oggetto della gara. Le professionalità dei vari componenti possono infatti integrarsi reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizione della commissione<sup>9</sup>. In altri termini, ferma la necessaria competenza di ciascun componente, deve essere *“la Commissione giudicatrice a dover garantire, nel suo complesso, il possesso delle conoscenze tecniche globalmente occorrenti nella singola fattispecie”*<sup>10</sup>.

Quanto alla composizione e al funzionamento, il comma 2 precisa che la commissione deve essere costituita da un numero dispari di commissari, non superiore a cinque, individuato dalla stazione appaltante e può lavorare a distanza con procedure telematiche che salvaguardino la riservatezza delle comunicazioni.

In merito alla prima parte della norma citata, può essere utile ricordare che, per pacifica giurisprudenza, la commissione rappresenta un c.d. collegio perfetto le cui valutazioni, a pena di illegittimità, devono essere assunte da tutti i componenti<sup>11</sup>. In tale ottica, la necessaria composizione in numero

---

<sup>8</sup> In questi termini, fra le tante, Cons. St., Sez. IV, 24 novembre 2014, n. 5811. Può essere utile ricordare che, in considerazione della natura giuridica di tale organo, la giurisprudenza ha peraltro da tempo precisato che l'attività della commissione acquista rilevanza esterna solo in quanto recepita dai competenti organi della stazione appaltante, con la conseguenza che tale organo risulta competente fino al momento formale della chiusura della gara d'appalto (in questi termini, Cons. St., Sez. IV, 05 ottobre 2005, n. 5360).

<sup>9</sup> Tar Campania, Napoli, Sez. I, 9 gennaio 2015, n. 97.

<sup>10</sup> Cons. St., Sez. V, 9 aprile 2015, n. 1824.

<sup>11</sup> V. Cons. St., Sez. III, 3 marzo 2011, n. 1368. Si osservi, peraltro, che, secondo la menzio-

dispari vale, pertanto, a salvaguardare il funzionamento del collegio secondo un principio maggioritario<sup>12</sup>.

Rappresenta invece una novità assoluta la possibilità per la commissione di lavorare anche a distanza attraverso strumento telematici. La previsione tiene verosimilmente conto del fatto che i componenti della commissione, essendo adesso individuati tramite sorteggio, potrebbero essere soggetti provenienti da regioni geografiche diverse e lontane. In tale ottica, l'individuazione di modalità innovative di funzionamento – che non implicino necessariamente la presenza fisica in un medesimo luogo dei commissari – è stata presumibilmente introdotta per evitare un aggravio dei costi della procedura, dovuto alla necessità di rimborsare ai commissari le spese di viaggio e gli altri oneri sostenuti per gli spostamenti necessari a partecipare alle sedute del seggio di gara.

Sebbene siano chiare e lodevoli le finalità perseguite dal legislatore e consapevoli del fatto che la norma prevede l'adozione di misure atte a garantire la riservatezza delle comunicazioni, l'opzione prevista dal legislatore appare comunque non priva di insidie e di criticità. Non può trascurarsi, infatti, come fra i principi ispiratori che regolano l'attività svolta dalle commissioni giudicatrici emergano fra l'altro quelli della concentrazione, della continuità delle operazioni di gara e della segretezza delle operazioni di valutazione delle offerte, nonché quelli relativi alla necessaria conservazioni dei plichi negli intervalli fra una seduta e l'altra<sup>13</sup>. A rischio di sembrare ancora legato ad eccessivi formalismi, ad avviso di chi scrive, l'idea di consentire ai membri della commissione di lavorare a distanza si espone a criticità che potrebbero

---

nata giurisprudenza, *“la regola secondo la quale la commissione giudicatrice di procedure d'appalto pubblico, essendo collegio perfetto, deve operare con il “plenum” dei suoi componenti trova deroga solo nei limitati casi in cui essa svolge un'attività meramente preparatoria e istruttoria e, comunque, sempre nel rispetto della collegialità quando è invece chiamata a fare scelte discrezionali, in ordine alle quali v'è l'esigenza che tutti i suoi componenti offrano il loro contributo ai fini di una corretta formazione della volontà dell'organo collegiale espressa da tutti i suoi componenti.”*

<sup>12</sup> Tar Campania, Napoli, Sez. I, 23 ottobre 2013, n. 4673; Tar Lazio, Roma, Sez. II, n. 28 gennaio 2012, n. 933.

<sup>13</sup> Le ragioni che suggeriscono la concentrazione delle operazioni di valutazione delle offerte sono state recentemente sottolineate da Tar Lazio, Roma, Sez. III, 5 maggio 2015, n. 6349 ove il Collegio ha ribadito che *“al fine di assicurare imparzialità, pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, le sedute di una commissione di gara devono ispirarsi al principio di concentrazione e di continuità, nel senso che le operazioni di esame delle offerte tecniche devono essere racchiuse possibilmente in una sola seduta, senza soluzione di continuità, al fine di prevenire influenze esterne ed assicurare l'indipendenza del giudizio.”* Sulle problematiche relative alla conservazione della documentazione di gara per l'orientamento più rigoroso v. Cons. St., sez. V, 28 marzo 2012 n. 1862, in parte superato dalla giurisprudenza più recente (Cons St., sez. V, 9 marzo 2015, n. 1166).

consentire contestazioni, anche in sede giudiziaria, che vanificherebbero l'obiettivo di semplificazione perseguito dal legislatore. Nel delineato contesto, sarebbe dunque auspicabile che le norme attuative che dovrà redigere l'ANAC introducano regole volta a privilegiare, ove possibile, la composizione di liste di commissari provenienti dalla medesima area geografica.

Proseguendo nella disamina delle disposizioni in commento, particolare attenzione merita il comma 3 dell'art. 77 attraverso il quale sono state declinate le nuove modalità di individuazione dei componenti delle commissioni di gara.

In termini generali, la norma prevede che i commissari debbano essere scelti fra gli esperti iscritti all'albo istituito presso l'ANAC di cui all'art. 78 (su cui ci si soffermerà *infra*), escludendo, pertanto, che le stazioni appaltanti possano autonomamente individuare i membri dei seggi di gara fra i propri dipendenti ovvero nell'ambito di altre categorie professionali.

Una regola parzialmente differente – la cui concreta rilevanza potrà essere chiarita soltanto quando saranno adottate le regole di funzionamento dell'albo – riguarda le procedure di aggiudicazione svolte da CONSIP S.p.a, da Invitalia S.p.a. e dai soggetti aggregatori regionali di cui all'art. 9 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66. In tali ipotesi, la norma prevede che i commissari vadano individuati tra gli esperti iscritti nell'apposita “sezione speciale” dell'albo, non appartenenti alla stessa stazione appaltante e, solo se non disponibili in numero sufficiente, anche tra gli esperti della sezione speciale che prestano servizio presso la stessa stazione appaltante ovvero, se il numero risulti ancora insufficiente, ricorrendo anche agli altri esperti iscritti all'albo al di fuori della sezione speciale.

In attesa di comprendere le caratteristiche delle “sezioni speciali” dell'albo cui fa riferimento la norma, sembra potersi ritenere che, per gli appalti aggiudicati dai soggetti prima ricordati, il divieto di utilizzare risorse interne per la costituzione delle commissioni di gara subisca una parziale deroga, seppur in presenza di specifici presupposti.

Quanto alla procedura, a mente del secondo periodo del comma 3, i commissari sono individuati dalle stazioni appaltanti mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati costituita da un numero di nominativi almeno doppio rispetto a quello dei componenti da nominare e comunque nel rispetto del principio di rotazione.

La norma non chiarisce, tuttavia, le modalità attraverso le quali deve essere predisposta la predetta lista in quanto demanda espressamente all'ANAC soltanto il compito di trasmetterla alla stazione appaltante, entro cinque giorni dalla richiesta. Nonostante il silenzio della norma, tenuto conto delle funzioni attribuite all'ANAC in ordine alla tenuta e all'aggiornamento dell'albo, è verosimile ritenere che spetti a detta Autorità predisporre le liste

di candidati, secondo modalità che dovranno essere elaborate in sede attuativa.

Rispetto a tali attività, è auspicabile che le determinazioni dell'ANAC chiariscano due aspetti fondamentali riguardanti, da un lato, la definizione dei criteri per individuare le categorie dei soggetti iscritti all'albo che, in relazione a ciascuna gara, soddisfano i requisiti per rivestire il ruolo di commissario; dall'altro lato, le modalità vere e proprie di selezione dei nominativi da inserire nella lista da trasmettere alla stazione appaltante.

In relazione al primo aspetto, l'unico elemento che emerge dalla lettura del codice riguarda la possibilità – stabilita dal successivo art. 78 – di articolare l'albo per aree tematiche omogenee, circostanza che permetterebbe di prevedere apposite sezioni in riferimento a determinate categorie di appalti (eventualmente distinte per classifiche di importo) in modo che ciascun aspirante commissario sia preventivamente qualificato per specifiche tipologie contrattuali. In tale ottica, le disposizioni attuative, per facilitare la composizione delle rose di aspiranti commissari, potrebbero prevedere che la richiesta della stazione appaltante per la ricezione di una lista di candidati sia accompagnata dalla descrizione delle caratteristiche essenziali dell'appalto, in modo da permettere all'ANAC di attingere alle corrispondenti sezioni dell'albo.

Nel silenzio della norma, non è da escludere, tuttavia, che l'autorità possa elaborare, in funzione di specifiche e motivate esigenze, ulteriori criteri selettivi per circoscrivere le rose di candidati da trasmettere all'amministrazione aggiudicatrice. A titolo esemplificativo, una volta accertata la sezione dell'albo da cui attingere, le disposizioni attuative potrebbero introdurre criteri preferenziali per l'individuazione, ove presenti in numero sufficiente, di soggetti provenienti da amministrazioni (diverse dalla stazione appaltante), nell'ipotesi in cui i relativi compensi – che verranno determinati con successivo decreto ministeriale – siano più contenuti rispetto a quelli da riconoscere ai membri esterni. Ancora, in ragione delle problematiche prima evidenziate, e sempre sul presupposto che vi siano sufficienti soggetti qualificati in relazione alla singola gara, le norme attuative potrebbero favorire la composizione di rose di candidati provenienti dalla medesima area geografica.

In relazione all'ulteriore profilo evidenziato, riguardante l'effettiva selezione dei nominativi da inserire nelle liste, pur nel silenzio della norma, tenuto conto delle finalità perseguite dal legislatore appare lecito ritenere che, una volta individuate le categorie di soggetti astrattamente idonei all'incarico, la compilazione della rosa di candidati da trasmettere all'amministrazione debba avvenire sempre tramite sorteggio e sulla base di criteri di rotazione.