



.....OMISSIS.....

Oggetto

Art. 102, comma 7, del d.lgs. 50/2016 - Richiesta parere.

FUNZ CONS 46/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 18 maggio 2022, acquisita al prot. Aut. n. 38171, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021 si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 20 settembre 2022, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, riferita alla nomina, come collaudatore, di un professionista già componente della commissione giudicatrice della gara, si richiama in primo luogo l'art. 102, comma 2, del d.lgs. 50/2016 a tenore del quale «I contratti pubblici sono soggetti a collaudo per i lavori e a verifica di conformità per i servizi e per le forniture, per certificare che l'oggetto del contratto in termini di prestazioni, obiettivi e caratteristiche tecniche, economiche e qualitative sia stato realizzato ed eseguito nel rispetto delle previsioni e delle pattuizioni contrattuali».

Come chiarito dall'Autorità, il collaudo rappresenta un momento fondamentale per la conclusione dell'iter realizzativo dell'opera pubblica, in quanto lo stesso «ha lo scopo di accertare e certificare che l'opera o il lavoro è stato eseguito a regola d'arte e secondo le prescrizioni tecniche prestabilite, in conformità del contratto, delle sue eventuali varianti e dei conseguenti atti di sottomissione o aggiuntivi debitamente approvati. Esso persegue, altresì, la finalità di verificare che i dati risultanti dalla contabilità e dai documenti giustificativi corrispondono tra loro e con le risultanze di fatto, non solo per dimensioni, forma e quantità, ma anche per qualità dei materiali, dei componenti e delle provviste, e che le procedure espropriative poste a carico dell'appaltatore sono state espletate tempestivamente e diligentemente. Le operazioni di collaudo attengono ancora a tutte le verifiche tecniche previste dalla normativa di settore e concernono, infine, l'esame delle riserve dell'appaltatore, sulle quali non sia intervenuta una risoluzione definitiva in via amministrativa, ove siano state iscritte nel registro di contabilità e nel conto finale nei termini e nei modi stabiliti dal regolamento. Il collaudo, poi, va approvato dall'amministrazione committente la quale fa in tal modo proprio l'operato, il giudizio e le conclusioni del collaudatore, esprimendo sostanzialmente la volontà di accettare l'opera e liquidando il credito dell'appaltatore previo accertamento del valore economico di quanto eseguito» (Atto di regolazione n. 28/2000).

Al fine di svolgere le operazioni di collaudo, come sopra descritte, «... le stazioni appaltanti nominano tra i propri dipendenti o dipendenti di altre amministrazioni pubbliche da uno a tre componenti con qualificazione rapportata alla tipologia e caratteristica del contratto, in possesso dei requisiti di moralità, competenza e professionalità, iscritti all'albo dei collaudatori nazionale o regionale di pertinenza come previsto al comma 8 del presente articolo (...). Per accertata carenza nell'organico della stazione appaltante, ovvero di altre amministrazioni pubbliche, le stazioni appaltanti individuano i componenti con le procedure di cui all'articolo 31, comma 8» (art. 102, comma 6, del d.lgs. 50/2016).

Con riguardo alle disposizioni sopra richiamate, l'Autorità ha osservato che «La scelta dei collaudatori, stante il rilievo dei compiti ad essi assegnati, è subordinata, dunque, a rigorosi criteri di professionalità, competenza e moralità. Ciò al fine di garantire che i predetti compiti siano espletati da soggetti in possesso di elevata professionalità. Inoltre, al fine di garantire lo svolgimento del collaudo secondo *principi di correttezza, terzietà e imparzialità*, la disposizione dell'art. 102 del Codice, fissa una chiara disciplina in ordine alle incompatibilità della figura del collaudatore» (parere Funz Cons n. 21/2022).

Più in dettaglio, il comma 7, dell'art. 102 del Codice, stabilisce che non possono essere affidati incarichi di collaudo e di verifica di conformità: a) ai magistrati ordinari, amministrativi e contabili, e agli avvocati e procuratori dello Stato, in attività di servizio e, per appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'articolo 35 a quelli in quiescenza nella regione/regioni ove è stata svolta l'attività di servizio; b) ai dipendenti appartenenti ai ruoli della pubblica amministrazione in servizio, ovvero in trattamento di quiescenza per appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'articolo 35 ubicati nella regione/regioni ove è svolta per i dipendenti in servizio, ovvero è stata svolta per quelli in quiescenza, l'attività di servizio; c) a coloro che nel triennio antecedente hanno avuto rapporti di lavoro autonomo o subordinato con gli operatori economici a qualsiasi titolo coinvolti nell'esecuzione del contratto; d) a coloro che hanno, comunque, svolto o svolgono attività di controllo, verifica, progettazione, approvazione, autorizzazione, vigilanza o direzione sul contratto da collaudare; d-bis) a coloro che hanno partecipato alla procedura di gara».

La norma si pone in continuità con le previsioni regolamentari dell'art. 216, comma 7, lett. c), del d.p.r. 207/2010 (disposizione ancora in vigore per effetto del disposto dell'art. 216, comma 16, del d.lgs. 50/2016) e con l'art. 141, comma 5, del previgente d.lgs. 163/2006. Quest'ultima disposizione stabiliva infatti che «Il collaudatore o i componenti della commissione di collaudo non devono avere svolto *alcuna funzione* nelle attività autorizzative, di controllo, di progettazione, di direzione, di vigilanza e di esecuzione dei lavori sottoposti al collaudo. Essi non devono avere avuto nell'ultimo triennio rapporti di lavoro o di consulenza con il soggetto che ha eseguito i lavori. Il collaudatore o i componenti della commissione di collaudo non possono inoltre fare parte di organismi che abbiano funzioni di vigilanza, di controllo o giurisdizionali».

Le norme sopra richiamate, pertanto, richiedono all'amministrazione aggiudicatrice di svolgere le opportune verifiche in ordine, non solo ai requisiti morali e professionali dei tecnici da nominare, ma anche dei profili di incompatibilità, come indicati dal comma 7 dell'art. 102 citato, che non garantiscono lo svolgimento del collaudo con correttezza, terzietà e imparzialità.

Per quanto di interesse in questa sede, occorre richiamare anche l'art. 77, comma 4, del Codice a tenore del quale «I commissari non devono aver svolto *né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta(...)*».

La norma «ha la stessa portata oggettiva dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, in relazione alla quale la giurisprudenza aveva posto in evidenza che rispondeva all'esigenza di una rigida separazione tra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte in essa presentate, a garanzia della neutralità del giudizio ed in coerenza con la ratio generalmente sottesa alle cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi (Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n.13). Il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell'art. 77, comma 4, è dunque quello per cui chi ha redatto la *lex specialis* non può essere componente della Commissione, costituendo il principio di separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un *organo terzo ed imparziale* mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta (Cons. Stato, V, 27 febbraio 2019, n. 1387)" (Consiglio di Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n. 2471)» (Consiglio di Stato, sez. VI, 08.11.2021 n. 7419).

La disposizione, oltre a stabilire un regime di incompatibilità tra membro della commissione giudicatrice e soggetto che abbia svolto, precedentemente alla gara, incarichi o funzioni tecnico-amministrative relative all'appalto, dispone altresì, per i commissari medesimi, *un divieto per le attività successive all'espletamento della procedura selettiva*, stabilendo espressamente che gli stessi «non devono aver svolto *né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo* relativamente al contratto del cui affidamento si tratta».

Sembra quindi che con l'art. 77, comma 4, del Codice, il legislatore abbia voluto preservare nella maniera più ampia possibile l'imparzialità di giudizio nello svolgimento delle operazioni della commissione giudicatrice, prevedendo espressamente che anche successivamente alla conclusione dell'incarico, i componenti della commissione *non possano svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo* relativamente al contratto del cui affidamento si tratta, analogamente a quanto disposto anche per i collaudatori.

Sotto il profilo in esame, lo svolgimento dell'incarico di collaudo rappresenta certamente lo svolgimento di "*un incarico tecnico o amministrativo* relativamente al contratto del cui affidamento si tratta", ai sensi dell'art. 77, comma 4 del Codice.

Sembra utile osservare al riguardo, che la giurisprudenza amministrativa, dopo aver sottolineato che l'art. 77, comma 4 del Codice «intende prevenire il pericolo di possibili effetti distorsivi prodotti dalla partecipazione alle Commissioni giudicatrici di soggetti che, a diverso titolo, siano già intervenuti nella procedura concorsuale, definendone i contenuti e le regole», ha aggiunto che anche la posizione del membro della Commissione giudicatrice «... indicato nel bando di gara quale Direttore dell'esecuzione del Contratto appare ricadere nello spettro applicativo del comma 4 dell'art. 77 citato, che tende ad evitare che la scelta dell'operatore economico possa essere anche solo potenzialmente influenzata» (TAR Brescia, 04.11.2017 n. 1306). Secondo il giudice amministrativo, dunque, la disposizione di cui al richiamato articolo 77, comma 4 può comportare la preclusione al conferimento dell'incarico di direttore esecutivo in capo a chi abbia fatto parte della commissione di gara (in tal senso anche Cons. Stato sez. V 4/2/2019 n. 819).

Sull'argomento può richiamarsi, altresì, il parere MIMS n. 424/2019, nel quale è stato ulteriormente osservato che in virtù di quanto stabilito dall'art. 77, comma 4 del Codice e dell'orientamento giurisprudenziale in materia, «la nomina nella commissione giudicatrice ex art. 77 determina una pregiudiziale incompatibilità di principio ad esercitare successivamente le funzioni di nomina del direttore dell'esecuzione»

Ancorché con riguardo alla diversa figura del direttore dell'esecuzione del contratto, l'orientamento sopra richiamato, propende dunque per l'incompatibilità tra le figure tecniche impegnate nella fase esecutiva del contratto d'appalto e quella di componente della commissione giudicatrice, sulla base delle previsioni dell'art. 77, comma 4 del Codice.

Dal combinato disposto dell'art. 77, comma 4, con l'art. 102, comma 7, del d.lgs. 50/2016 può quindi desumersi una incompatibilità tra il ruolo di componente della commissione giudicatrice e quello di collaudatore.

Tenuto conto del fatto che la nomina del collaudatore ai sensi dell'art. 102 del Codice, è attività rimessa all'esclusiva competenza e responsabilità della stazione appaltante, unitamente alla valutazione in ordine all'idoneità professionale del tecnico incaricato e considerato altresì che la disposizione citata ascrive alle funzioni proprie della medesima amministrazione la valutazione *in concreto* della sussistenza delle ipotesi di incompatibilità ivi previste in capo al collaudatore, l'Autorità non può sostituirsi alla predetta amministrazione nello svolgimento di tale delicato ed esclusivo compito (parere Funz Cons n. 21/2022).

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, all'amministrazione richiedente ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente il 27 settembre 2022