



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

**Delibera n. 1191 del 16 novembre 2016**

**Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento – Proposta di modifica dell’art. 77 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50.**

**Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione**



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### **Premessa**

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito, A.N.AC.), ai sensi dell'art. 213, co. 3, lettere c) e d), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (nel seguito Codice dei contratti) ha il potere di segnalare al Governo e al Parlamento, con apposito atto, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore nonché di formulare al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore.

Ai sensi dell'art. 78 del Codice dei contratti è istituito presso l'A.N.AC., che lo gestisce e lo aggiorna secondo criteri individuati con apposite determinazioni, l'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Ai fini dell'iscrizione nel suddetto albo, i soggetti interessati devono essere in possesso di requisiti di compatibilità e moralità, nonché di comprovata competenza e professionalità nello specifico settore a cui si riferisce il contratto, secondo i criteri e le modalità che l'Autorità definisce in un apposito atto.

L'A.N.AC., in adempimento al disposto della norma sopra richiamata e in conformità alla disciplina contenuta nell'art. 77 del Codice dei contratti, ha adottato le Linee guida n. 5 del 16 novembre 2016 per la realizzazione del nuovo sistema di scelta dei commissari di gara.

Nella predisposizione di tale atto l'Autorità ha rilevato alcune criticità della norma di riferimento, l'art. 77, commi 1, 3, 6 e 8 del Codice dei contratti, che potrebbero condurre anche ad un'applicazione distorta dell'istituto, in ordine alle quali si propongono le modifiche di seguito illustrate.

### **1. Ambito di applicazione - Art. 77, comma 1, del Codice dei contratti.**

Ai sensi del comma 1 dell'art. 77 cit., la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto solo nei casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

La norma contiene una limitazione non coerente con il nuovo criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che per come disciplinata dal Codice dei contratti, e prima ancora dalle Direttive comunitarie (n. 2014/24 /UE e 2014/25/UE), è declinabile secondo quattro diverse modalità: miglior rapporto qualità/prezzo; sulla base dell'elemento prezzo; sulla base del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita; ponendo in gara un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi.

Anche in quest'ultimo caso la stazione appaltante procede a valutazioni di tipo tecnico che richiedono necessariamente la presenza di esperti competenti nello specifico settore.

Ne consegue che anche in relazione a quest'ultimo criterio si rende necessario prevedere che la valutazione sia rimessa alla commissione giudicatrice di cui all'art. 77, comma 1, in relazione al quale si propone, pertanto, una modifica in modo da estenderne l'obbligatorio ricorso alla sua nomina in caso



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

di utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il criterio del prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi.

### **2. Soglie di riferimento – Art. 77, comma 3, del Codice dei contratti.**

Ai sensi del comma 3, penultimo periodo dell'art. 77 cit. *“La stazione appaltante può, in caso di affidamento di contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 o per quelli che non presentano particolare complessità, nominare componenti interni alla stazione appaltante, nel rispetto del principio di rotazione. Sono considerate di non particolare complessità le procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione ai sensi dell'articolo 58”*.

Le soglie individuate dalla norma mentre appaiono sicuramente congrue, avuto riguardo alla finalità della norma, volta ad assicurare la terzietà della commissione giudicatrice, la trasparenza e l'imparzialità delle valutazioni, prevenendo in tal modo fenomeni corruttivi, per servizi e forniture non appare tale, per contro, con riferimento ai lavori. L'individuazione di un importo di euro 5.225.000, infatti, comporta che una gran parte degli affidamenti relativi agli appalti di lavori sia sottratta al meccanismo di garanzia individuato dalla norma. Per ovviare a tale criticità si suggerisce di fissare la soglia di euro 1.000.000, con riferimento agli appalti di lavori, al di sotto della quale possono essere individuati membri interni, fermo restando quanto di seguito proposto al punto 3. Si tratterebbe, peraltro, di soglia coerente con quella prevista in ordine al possibile utilizzo del criterio del minor prezzo di cui all'art. 95, comma 4 del Codice dei contratti, secondo cui, *a contrario*, l'utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa è obbligatorio per gli appalti di lavori di importo superiore al milione di euro.

### **3. Nomina del Presidente - Art. 77, combinato disposto di cui ai commi 3 e 8, del Codice dei contratti**

Le Linee guida A.N.A.C., in base al combinato disposto di cui ai commi 3 e 8 dell'art. 77 cit., prevedono che nei casi in cui la norma consente di *“nominare componenti interni alla stazione appaltante”* (comma 3), almeno il Presidente sia *“individuato dalla stazione appaltante [comunque] tra i commissari sorteggiati”* (comma 8). Tale interpretazione della norme richiamate, tuttavia, pur con l'evidente scopo di assicurare gli stessi principi di terzietà, imparzialità e trasparenza, sopra richiamati, anche nelle procedure in cui non è obbligatoria la nomina dell'intera commissione esterna, non è pacificamente condivisa dagli operatori del settore – come ha evidenziato la consultazione svoltasi – né dal Consiglio di Stato, come affermato nel parere affare n. 1452/2016 (cfr. pagg. 13 e 14). Ciò rende necessaria una modifica normativa volta a fugare ogni dubbio sul fatto che la possibilità di nomina degli interni possa riguardare solo alcuni membri, fermo restando che il Presidente deve essere individuato, in ogni caso, tra i nominativi sorteggiati direttamente dall'A.N.A.C., secondo il meccanismo che si illustrerà al seguente punto 4.

### **4. Sorteggio dei commissari da incaricare – Art. 77, comma 3, del Codice dei contratti**



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

La norma dell'art. 77, comma 3, prevede un sistema che impone all'A.N.AC. di fornire una lista di candidati alla stazione appaltante (almeno pari al doppio del numero dei commissari individuati negli atti di gara) e a questa di effettuare un sorteggio per individuare i commissari che la medesima, poi, incaricherà.

Il meccanismo appare farraginoso e dispendioso in termini di tempo e risorse da impiegare ai fini delle verifiche sul possesso dei requisiti dei commissari, oltre che foriero di oneri aggiuntivi per le stazioni appaltanti con evidente contraddizione al divieto di *Gold Plating*, per le ragioni di seguito illustrate.

Il meccanismo al momento disciplinato comporta, innanzitutto che l'A.N.AC., individuata la lista dei commissari (almeno 6 o 10 – a seconda che la commissione sia di 3 o 5 membri – ma evidentemente anche un numero maggiore quando deve essere garantita una pluralità di competenze in seno ad una commissione con professionalità miste) proceda alla verifica dei requisiti di moralità e di professionalità ed esperienza per tutti i soggetti inseriti nella lista. La stazione appaltante, a sua volta, ha l'onere di comunicare all'A.N.AC. quali soggetti siano stati sorteggiati e incaricati al fine di consentire all'Autorità di inserire il blocco per gli incarichi futuri ai medesimi commissari (essendo stato previsto il numero massimo di due incarichi contemporanei); quali hanno dichiarato la loro incompatibilità e/o indisponibilità all'incarico.

Tale procedimento richiede, inoltre, tempi tecnici più lunghi legati al doppio sorteggio (la lista redatta, previo sorteggio, dall'A.N.AC. e i commissari sorteggiati dalla stazione appaltante) e al numero di verifiche da effettuare, poste in capo all'A.N.AC. medesima.

Orbene, per ovviare a tali criticità, dal momento che, di fatto, il sorteggio da parte della stazione appaltante non risponde sicuramente all'intenzione di garantire una scelta discrezionale di quest'ultima, essendo, per contro, la stessa rimessa al caso, è necessario che il sorteggio venga posto in carico all'Autorità, in modo che siano direttamente forniti alla stazione appaltante i nominativi dei commissari da incaricare.

In tal modo le verifiche verranno effettuate su un numero di soggetti pari almeno alla metà di quelli attualmente previsti, la stazione appaltante verrà sollevata dall'onere di comunicare all'A.N.AC. costantemente i nominativi dei soggetti incaricati (con salvezza del principio del divieto di *Gold Plating*), i tempi per l'individuazione dei commissari si ridurranno in maniera significativa.

In tale ottica, si propone, pertanto, di prevedere che il sorteggio dei nominativi dei commissari da incaricare sia effettuato direttamente dall'A.N.AC. tenuta a fornire alle stazioni appaltanti un numero di nominativi pari al numero dei soggetti che la stazione appaltante ha previsto di incaricare.

### **5. Requisiti di moralità – Art. 77, comma 6, del Codice dei contratti**

Ai sensi dell'art. 77, comma 6 del Codice dei contratti, “*Si applicano ai commissari e ai segretari delle commissioni l'articolo 35-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*”. Tale ultima norma prevede che coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale non possano ricoprire alcuni uffici e/o incarichi.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

I delitti di cui al citato capo I sono esclusivamente quelli dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione, non sono richiamati anche quelli del capo II, vale a dire dei privati contro la Pubblica Amministrazione che invece è necessario richiamare, dal momento che la possibilità di iscrizione all'Albo tenuto dall'Autorità è data anche ai liberi professionisti non dipendenti della pubblica amministrazione e per i quali deve essere specularmente previsto quale requisito morale indeclinabile l'assenza di reati contro la pubblica amministrazione.

In tal senso si chiede pertanto di modificare la norma, inserendo un richiamo anche al capo II del Titolo I, libro II del Codice Penale.

### **Conclusioni**

Al fine di rendere il sistema delle nomine della commissione giudicatrice, di cui all'art. 77 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, efficiente e funzionale, nonché coerente con il principio (del divieto di *Gold Plating*) di cui all'art. 1, comma 1 lett. a) della legge 28 gennaio 2016, n. 11,

### **l'Autorità Segnala**

la necessità di apportare al testo della citata norma, e segnatamente ai commi 1, 3, 6 e 8, le modifiche sopra illustrate.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 16 novembre 2016

Il Presidente  
*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio 18 novembre 2016

Il Segretario, Maria Esposito