

Le commissioni di gara negli appalti pubblici. Osservazioni in tema di nomina e compensi

Paolo Luigi Rebecchi

L'art. 84 del d.lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) prevede la nomina della commissione "giudicatrice" ogniqualvolta la valutazione della migliore offerta avvenga con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹.

Lo stesso articolo stabilisce modalità, requisiti e incompatibilità nella nomina della commissione, prevedendo in particolare (comma 3) che la commissione sia presieduta da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, di un funzionario della stazione appaltante con funzioni apicali².

I commissari diversi da presidente (comma 8) sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante³. In caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25 (amministrazioni dello Stato, enti pubblici territoriali, altri enti pubblici non economici, organismi di diritto pubblico, associazioni, unioni,

¹ R.CARANTA, *I contratti pubblici*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2012; A.MASSARI, *La legge anticorruzione e le altre recenti novità incidenti sulle procedure di affidamento di contratti pubblici*, in *Appalti e contratti*, 2012,2, p. 10; BANCA D'ITALIA, *L'Affidamento dei lavori pubblici in Italia: un'analisi dei meccanismi di selezione del contraente privato*, pubblicato nel volume *Questioni di economia e finanza* -n. 83- Dicembre 2010; R.GAROFOLI-M.A.SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005; E.MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1998; F.LAURIA, *I pubblici appalti*; Milano 1998; F.ZEVIANI PALLOTTA, *La progettazione dell'opera pubblica*, Milano, 1998.

² A.CIANFLONE-G.GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2012, pagg. 974 e ss. "La commissione di gara".

³ C.SILVESTRO, *Funzionari interni componenti delle commissioni giudicatrici e requisiti di professionalità*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 11, pagg. 1373 e ss. ; V.PEDACI, *Orientamenti giurisprudenziali in ordine alla competenza tecnica dei membri di commissioni giudicatrici di appalto pubblico*, in *L'amministrazione italiana*, 2008, 12, pagg. 1602 e ss.

consorzi comunque denominati, costituiti da detti soggetti), ovvero, con un criterio di rotazione, tra gli appartenenti alle categorie di: a) professionisti con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali; b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza⁴.

La nomina dei commissari e la costituzione della commissione (comma 10) devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, salvo quanto previsto dall'art. 83 comma 4 (nomina di esperti estranei alla stazione appaltante per la definizione dei punteggi nel caso di offerta economicamente più vantaggiosa).

Le commissioni possono anche essere formate promiscuamente, con membri di estrazione sia interna che esterna⁵.

I commissari diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta (art. 84, comma 4).

E' riconosciuta in giurisprudenza anche la possibilità, per la stazione appaltante, di affiancare alla commissione giudicatrice uno o più esperti esterni con funzioni di consulenza e assistenza professionale nel circoscritto settore in cui l'organo collegiale necessita eventualmente di supporto⁶.

⁴F.SBOREA, *La commissione giudicatrice di gare di appalto. La necessità del numero dispari dei membri e del formale atto di nomina dei supplenti*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, aprile-giugno 2008, pp.242 e ss

⁵ A.CIANFLONE-G.GIOVANNINI, *op. cit.*, pag. 976

⁶ Tar-Lazio, Roma, sez. I-ter, sent. n. 5035/2008, in *Urb. e appalti*, 2009/11, pag. 1373, con nota di C.SILVESTRO. La sentenza in particolare afferma che "...la possibilità di nomina di esperti esterni non è in contrasto con l'ordinamento vigente, ma in sintonia con lo stesso. E' difatti pacificamente ammesso in giurisprudenza che "“la presenza di esperti esterni alla commissione giudicatrice di una gara pubblica di appalto concorso può ritenersi legittima ove i soggetti in questione si siano limitati a prestare attività di consulenza e assistenza professionale all'organo collegiale, e non anche quando, in contrasto con il disposto dell'art. 21, comma 5, legge 11 febbraio 1994, n. 109, e in violazione del principio di perfetta collegialità delle sedute della commissione di gara, abbiano operato come veri e propri componenti della stessa, partecipando a tutte le sedute, incluse quelle riservate, pur non

Il comma 11 dell'art. 84 prevede che le spese relative alla commissione "sono inserite nel quadro economico⁷ del progetto tra le somme a disposizione della stazione appaltante".

Ulteriore specifico richiamo alle commissioni giudicatrici è effettuato negli artt. 106 e 107 del codice con riguardo ai concorsi di progettazione (artt.99 e ss.).

L'art. 84 del codice appalti demanda al regolamento di esecuzione (d.p.r. n. 207 del 2010), la disciplina dell'attività della commissione (per i lavori, art. 117-*Sedute di gara*; art. 118- *Aggiudicazione al prezzo piu' basso determinato mediante massimo ribasso sull'elenco prezzi o sull'importo dei lavori*; art. 119-*Aggiudicazione al massimo ribasso determinato mediante offerta a prezzi unitari*)⁸⁻⁹.

In particolare l'art. 120 detta le regole di funzionamento della commissione giudicatrice nel caso di offerta economicamente più vantaggiosa.

avendo titolo a parteciparvi –Cons. Stato, n. 6765/2008;n. 6496/2005; Tar Lazio, sez. III, n. 3577/2008; n. 6496/2005; Tar Lazio, sez. III, n. 3577/2008 e Tar Catania, n. 1086/07. D'altronde, lo stesso e unico precedente giurisprudenziale che parte attrice evoca a supporto della propria tesi (Tar Lazio, sez. II, n. 1247/1990) si rivela sintonico e non distonico con il sopra delineato insegnamento giurisprudenziale atteso che reputa "“illegittima la partecipazione alle sedute di una commissione per la valutazione delle offerte di un procedimento di appalto concorso di soggetti ad essa estranei, nominati in qualità di esperti in funzione esclusiva di supporto”" e non invece la stessa nomina degli esperti ai fini indicati. Né giova a parte ricorrente contestare la nomina e l'attività di consulenza degli esperti ...in quanto avvenuta dopo che la commissione aveva svolto una prima valutazione dei progetti tecnici presentati..."

⁷ L'art. 16, comma 1 lettera b-9 del DPR 207/2010 (regolamento appalti) prevede che il quadro economico preveda, fra le spese a disposizione della stazione appaltante "eventuali spese per commissioni giudicatrici"

⁸ A.CIANFLONE-G.GIOVANNINI, *op. cit.*, pag. 980 "...La commissione è organo straordinario della stazione appaltante, essa costituisce un collegio perfetto, onde le sue determinazioni richiedono, ai fini della loro validità, la presenza del plenum dei componenti; è ammesso lo svolgimento di attività preparatoria ed istruttoria rimessa ad uno o più membri singoli della commissione, purché essa sia valutata e fatta propria dal plenum; all'esito dei suoi lavori si esprime con un atto che ha giuridicamente valenza preparatoria, solo parzialmente vincolante della successiva determinazione provvedimento della stazione appaltante, la quale può discostarsi da esso indicando, con adeguata motivazione le ragioni della propria posizione..."

⁹ R.RICCI, *Concentrazione, continuità e pubblicità delle sedute di gara: presupposti imprescindibili dei lavori delle Commissioni giudicatrici*, in *Foro amm.-Consiglio di Stato*, 2011, pp. 1241 e ss.

L'art. 120 al comma 3, prevede in particolare che l'accertata carenza di organico di cui all'art. 84, comma 8 del codice¹⁰ è attestata dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione giudicatrice preposto alla struttura competente. In tal caso l'atto di nomina dei membri della commissione ne determina il compenso e fissa il termine per l'espletamento dell'incarico. Tale termine può essere prorogato una sola volta per giustificati motivi. L'incarico è oggetto di apposito disciplinare o atto di accettazione.

Il comma 4 dell'art. 120 prevede poi le ulteriori ipotesi nelle quali è possibile procedere alla nomina della commissione giudicatrice oltre al caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quindi, implicitamente, anche nel caso dell'utilizzo del criterio di cui all'art. 82 del codice (Prezzo più basso),¹¹ ovvero nei casi di: interventi complessi di cui all'art. 3 comma 1 lettera l del regolamento medesimo (lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale, ai sensi dell'art. 90, comma 6 del codice), lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e tecnologico, ai sensi dell'art. 91 comma 5 del codice; lavori di speciale complessità, ai sensi dell'art. 122 comma 1 del codice; particolare complessità dell'opera, ai sensi dell'art. 141, comma 1 del codice; opere di particolare complessità ai sensi dell'art. 141, comma 7, lettera b) del codice: opere e impianti caratterizzati dalla presenza in modo rilevante di almeno due dei seguenti elementi: utilizzo di materiali e componenti innovativi; processi produttivi innovativi o di

¹⁰ A.CANCRINI-P.PISELLI-V.CAPUZZA, *Regolamento del codice dei contratti pubblici*, Roma,Igop, 2011,pp. 237 e ss.

¹¹ R.RICCI, *op. cit.*, pag. 1243 osserva che nessuna espressa disposizione circa la nomina della commissione è prevista per le procedure da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso "...rispetto alle quali è dibattuta l'applicabilità delle stringenti prescrizioni recate dalla suddetta norma codicistica e la stessa obbligatorietà della nomina della commissione. Come rilevato dalla dottrina (G.GIUFFRÈ', *Prima tappa: la commissione. No a presidente esterno all'amministrazione appaltante, in Speciale operazioni di gara, in Edilizia e territorio, Il Sole 24 ore*, 28 aprile-3 maggio 2008, n. 17) ""laddove la stazione appaltante proceda con l'aggiudicazione sulla base del prezzo più basso, ben può avvalersi della Commissione di gara. In tal caso, parte della giurisprudenza ritiene soggiacere alle prescrizioni dell'art. 84 (TAR Lazio, 13 febbraio 2008, n. 1268), altra parte, lascia libero l'ente di derogarvi (TAR Campania, 11 luglio 2007, n. 6654).

alta precisione dimensionale e qualitativa; esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistica o problematiche geotecniche, idrauliche geologiche e ambientali; complessità di funzionamento d'uso o necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità; esecuzione in ambienti aggressivi; necessità di prevedere dotazioni impiantistiche non usuali; complessità in relazione a particolari esigenze connesse a vincoli architettonici, storico-artistici o conservativi; ovvero per lavori il cui importo sia superiore a 25 milioni di euro e nei quali abbiano rilievo particolare e non siano usuali le componenti architettoniche e/o strutturali e/o impiantistica.

La commissione giudicatrice è prevista anche per i servizi e forniture¹² dagli artt. 282 (Commissione giudicatrice) e 283 (Selezione delle offerte) del regolamento.

L'art. 282 del dpr 207/2010 prevede in particolare che "1.Nel caso di accertata carenza di organico della stazione appaltante di adeguate professionalità attestata dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente ovvero attestata dall'organo competente dell'amministrazione aggiudicatrice, si procede alla nomina della commissione giudicatrice di cui all'art. 84, comma 8, secondo periodo del codice. In tal caso l'atto di nomina dei membri della commissione ne determina il compenso e fissa il termine per l'espletamento dell'incarico. Tale termine può essere prorogato una sola volta per giustificati motivi. L'incarico è oggetto di apposito disciplinare. 2.E' possibile ricorrere alla nomina di commissari, ai sensi dell'art. 84, comma 8 , secondo periodo del codice, nel caso di contratti di cui all'art. 300, comma 2 lettera b , ovvero nel caso di servizi o forniture di importo superiore a 1 milione di euro. 3.Al momento dell'accettazione dell'incarico, i commissari dichiarano ai sensi dell'art. 47 del dpr del 28 dicembre 2000, n. 445, l'inesistenza della cause di incompatibilità e di astensione di cui all'art. 84, commi

¹²¹² In argomento I.DEL CASTILLO-C.GALTIERI-U.REALFONZO, *Appalti pubblici di servizi, Il sole 24 ore*, 1996

4, 5 e 7 del codice". Viene osservato ¹³ che anche "per la commissione giudicatrice nelle gare di servizi e forniture, ove vi sia carenza di organico, si applicano, per i membri diversi dal presidente, le previsioni sancite dal comma 8 dell'art. 84 del codice...pertanto , la formulazione del comma 1 dell'art. 282 ripercorre e ripete quanto già disposto dal codice, attraendolo alle gare di servizi e forniture. Però sussistono solo due presupposti alternativi in forza dei quali è possibile applicare il comma 8 dell'art.84 del codice: nel caso di contratti di particolare complessità tecnica (di cui all'art. 300, comma 2 lett. b del reg.) o nel caso di forniture di importo superiore a 1 milione di euro". L'art. 283 detta le disposizioni sulla selezione delle offerte. L'art. 284, per le offerte anomale fa rinvio all'art. 121 dello stesso regolamento.

Le norme finora richiamate si riferiscono alla commissione "giudicatrice". Una recente decisione del Consiglio di Stato consente ora di evidenziare la distinzione fra "commissione giudicatrice" e commissione "aggiudicatrice".

Ha affermato Cons. Stato , sez. IV, n. 749 del 17 febbraio 2014 (in www.appalticontratti.it) che "...Con l'entrata in vigore dell'art. 84, d.lgs. n. 163 del 2006 la commissione giudicatrice del contratto nominata dalla stazione appaltante "...opera secondo le norme stabilite dal regolamento..." ed è espressamente competente solo "... ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto". L'art. 283 del Regolamento al Codice dei Contratti di cui al D.P.R. n.207/2010, secondo comma, prevede poi che la "commissione, costituita ai sensi dell'articolo 84 del codice, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti ... valuta le offerte tecniche e procede all'assegnazione dei relativi punteggi.." Nel successivo terzo comma, non a caso, il riferimento all'art. 84 scompare del tutto quando nel

¹³ A.CANCRINI-P.PISELLI-V.CAPUZZA, *Regolamento del codice dei contratti pubblici*, cit. ,pp. 484 e ss.

descrivere la fase finale dell'aggiudicazione, la norma dispone che ' "...il soggetto che presiede la gara dà lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, dà lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse e procede secondo quanto previsto dall'articolo 284". Il contenuto letterale del regolamento elenca strettamente solo i compiti che devono necessariamente essere affidati alla commissione "c.d. giudicatrice" , il cui mandato può quindi anche legittimamente esaurirsi con il termine della fase di valutazione. La commissione è infatti organo istruttorio straordinario e temporaneo dell'amministrazione (cfr. ex plurimis Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5354; sez. V, 24 marzo 2006, n. 1525) con il compito giuridicamente prefissato dall'art. 84, co. 1, d.lgs. n. 163 del 2006 di far luogo la valutazione tecnica delle proposte delle imprese attraverso l'esercizio esclusivo di discrezionalità tecnico-scientifica, o giuridico-finanziaria. Ciò non vuol dire che, come spesso avviene, ad essa non possa essere affidata l'intera istruttoria ai sensi dell'art. 5 della L. n.241/1990 (richiamato dall'art. 2, III° co. del codice dei contratti) ovvero anche le funzioni di cui all'art. 284 del reg. n.207/2010. Tali conclusioni appaiono coerenti anche con l'impianto disegnato dagli artt. 9 - 12 del codice dei contratti pubblici, per cui tutti i provvedimenti facenti parte della procedura di evidenza pubblica sono assunti dal responsabile del procedimento e dai dirigenti - e dunque dal seggio di gara - a cui spetta l'approvazione definitiva degli atti di gara ivi inclusi quelli di esclusione, dopo averne verificato la regolarità tecnica e la legittimità (cfr. Consiglio di Stato sez. V 19/06/2009 n. 4068; Cons. St., sez. V, 28 marzo 2008, n. 1361; sez. V, 17 luglio 2004, n. 5142; sez. V, 26 settembre 2002, n. 4938). Il combinato disposto dell'art. 84, del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 283 del regolamento al codice dei contratti di cui al D.P.R. n.207/2010 limitano il ruolo "necessario" ed i compiti ineludibili della commissione giudicatrice alla sola fase della valutazione delle offerte , il che non esclude che alla medesima non possano essere affidati anche i profili relativi all'ammissione ed all'aggiudicazione, quali la valutazione dei requisiti, dei documenti e dell'offerta economica. Tuttavia non vi è

alcun elemento normativo, di carattere testuale o sistematico, che possa far concludere che il ricorso a due commissioni una con il compito di seggi di gara ed un'altra di valutazione tecnica delle offerte comporti necessariamente ed automaticamente l'illegittimità della gara.

Del resto anche, nel periodo antecedente al codice, la costituzione di due commissioni, una tecnica c.d. "giudicatrice" ed una giuridico - amministrativa c.d. "aggiudicatrice", era una prassi comune per le stazioni appaltanti (es. dipartimenti universitari, enti di ricerca, aziende sanitarie, ecc. ecc.) che gestivano (spesso con carattere di occasionalità) procedure di appalto, estremamente complesse sul piano tecnico, scientifico o anche finanziario e che, per questo, necessitavano di una commissione per la valutazione della migliore offerta economicamente più vantaggiosa composte da alte professionalità e specialisti del settore che però erano spesso del tutto digiuni di esperienze e competenze in materia di procedure appalti. In definitiva, in ragione dell'assenza di specifiche contraria indicazione normative al riguardo, deve ritenersi che successivamente all'entrata in vigore del codice dei contratti, del tutto legittimamente una stazione appaltante prevede nel disciplinare di gara che il procedimento di aggiudicazione di un appalto secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia affidato a due commissioni differenti, qualora senza alcuna commistione tra i diversi momenti procedurali ad una siano affidati i compiti tipici del seggio di gara c.d. "aggiudicatrice" , ed all'altra c.d. "giudicatrice" vengano affidati in via esclusiva le valutazioni delle offerte ai sensi dell'art. 84, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163..."(*riforma sentenza Tar Lazio-Roma, Sez. III, n. 2456 del 2013*).

La massima redazionale di commento (www.appaltiecontratti.it) osserva che "... *La sentenza ...* merita piena adesione stanti le esplicite disposizioni del d.p.r. 207/2010 ss. mm. ii. dalle quali si desume che nell'appalto di servizi e forniture all'offerta economicamente più vantaggiosa operano due commissioni (o meglio un seggio di gara e una commissione):- la prima è quella incaricata delle sedute pubbliche nelle quali sono svolte operazioni non

discrezionali (esclusa purtroppo, stante la lettera della norma, la seduta per l'apertura delle offerte tecniche: un vero e proprio errore a livello sistematico), e segnatamente quindi: a) della prima seduta per l'apertura dei plichi principali, la verifica della documentazione amministrativa e il sorteggio ex art. 48 per la comprova di veridicità delle dichiarazioni sostitutive; b) della seconda seduta pubblica per l'apertura delle offerte economiche; c) della terza seduta pubblica (introdotta dall'art. 284 stesso regolamento) per la comunicazione dell'esito della verifica di anomalia – ove rilevata – e la pronuncia dell'aggiudicazione provvisoria; - la seconda è la commissione giudicatrice ex art. 84 codice appalti, cui competono – necessariamente – la seduta pubblica per l'apertura e le sedute riservate per la valutazione delle offerte tecniche ed – eventualmente (v. art. 88 codice confermato da art. 284 regolamento), cioè se a ciò specificamente incaricata – le sedute del subprocedimento di verifica di anomalia. Già si arguiva dalla piana lettura del codice l'esistenza, accanto alla commissione giudicatrice di cui all'art. 84, anche di una 'commissione di gara' (art. 243 bis, comma 2). Il regolamento all'art. 283 conferma quanto sopra e distingue chiaramente tra commissione giudicatrice che valuta (soltanto) le offerte tecniche e 'soggetto che presiede la gara' (dicitura - a ben vedere - ripresa dal regolamento di contabilità di Stato) che in seduta pubblica dà lettura dei punteggi assegnati alle offerte tecniche dalla commissione e procede all'apertura delle offerte economiche. D'altronde, se tale soggetto (art. 284) è quello che procede, infine, all'aggiudicazione provvisoria, appare palese che non potrebbe trattarsi della commissione ex art. 84 cdcp, che il codice ha appositamente definito 'giudicatrice' e non 'aggiudicatrice'. Che nel sistema "commissione giudicatrice" e "commissione di gara" non siano il medesimo organo si desume da plurimi indizi testuali. In primo luogo, vale l'argomento della coerenza del legislatore: non si vede perché il regolamento (che per definizione rappresenta un testo normativo dotato di particolare tecnicità) avrebbe dovuto utilizzare due terminologie diverse per indicare lo stesso organo. Ma in realtà, che la commissione di gara non sia la commissione ex art. 84 cdcp si evince anche da esplicite indicazioni

normative. Si veda quanto previsto al comma 10 dell'art. 121 (valevole, per forniture e servizi, in forza del richiamo operato dall'art. 284): *“Il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento, che procede alla verifica delle giustificazioni presentate dai concorrenti ai sensi dell'articolo 87, comma 1, del codice avvalendosi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante ovvero della commissione di gara, ove costituita.”*. Ora, se il riferimento agli organismi tecnici della stazione appaltante è valevole a fondare una competenza in materia di verifica delle offerte anomale, se a ciò richiesta, proprio in capo alla commissione giudicatrice ex art. 84 codice (che pacificamente rientra nella definizione di organismo tecnico), ciò che sicuramente esclude che la 'commissione di gara' sia anch'essa la medesima commissione giudicatrice è proprio l'inciso 'ove costituita'. Infatti, nelle gare all'offerta economicamente più vantaggiosa (e il comma 10 riguarda proprio queste) la commissione giudicatrice ex art. 84 cdcp è, ovviamente, organo necessario e indefettibile, innanzitutto per dato testuale oltre che per necessità logica. D'altronde, il riferimento alla 'commissione di gara, ove costituita' è contenuto, analogamente, anche nel comma 2 dell'art. 121 reg. in materia di gare al prezzo più basso, nelle quali, altrettanto sicuramente, la commissione giudicatrice non esiste (e quindi non può trattarsi di quest'ultima). In definitiva, la commissione di gara nient'altro è che un seggio collegiale di gara, alternativo ('ove costituita') ad un altrettanto possibile seggio monocratico (secondo scelte discrezionali della stazione appaltante), ed è deputata alle operazioni poste in capo alla stessa sopra ricordate...”.¹⁴

L'art. 86 del codice prevede inoltre l'ipotesi delle offerte anomale in relazione alle quali è stabilito un procedimento di verifica da parte del soggetto che presiede la gara, il quale può avvalersi della commissione giudicatrice ovvero, qualora lo ritenga necessario, può

¹⁴ Il ruolo della commissione aggiudicatrice attiene all'esame delle offerte come dispone l'art. 84 del codice, per cui legittimamente la fase di controllo della documentazione amministrativa può essere svolta dal solo RUP- cfr. TAR Sardegna, sez. I, sent. n. 196 del 3 marzo 2014, in www.appaltiecontratti.it

richiedere la nomina di una speciale commissione prevista dall'art. 88, comma 1 bis del codice (artt. 121 e 284 del regolamento appalti).

Dall'esame delle disposizioni in materia di commissioni di gara si evidenzia l'assenza di espresse previsioni circa i compensi da corrispondere ai componenti delle commissioni¹⁵, diversamente da quanto stabilito dall'art. 92, del codice appalti, che prevede i compensi per la progettazione affidata ad "esterni" nonché per il personale "interno".¹⁶

¹⁵ A.CIANFLONE-G.GIOVANNINI, *op. cit.*, pag. 985 "...Stante la mancanza di disciplina normativa circa il compenso spettante ai membri delle commissioni le relative controversie rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo (Cons. di Stato, V, 26 marzo 2009, n. 1807, in *Foro amm.-CDS*, 2009, 766; TAR Puglia, I, 3 novembre 2009, n. 2590, in *Foro amm-Tar*, 2009, 3253; contra nel senso della spettanza della controversia alla giurisdizione del giudice ordinario TAR Puglia, I, 22 settembre 2004, n. 4175, in *Arch. Giur. Oo.pp.*, 2004, 532)..."

¹⁶ Art. 92, comma 5 del Codice appalti "Una somma non superiore al due per cento dell'importo a base di gara di un'opera o di un lavoro, comprensiva anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione, a valere direttamente sugli stanziamenti di cui all'art. 93 comma 7, è ripartita, per ogni singola opera o lavoro, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata e assunti in un regolamento adottato dall'amministrazione, tra il responsabile del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori. La percentuale effettiva, nel limite massimo del due per cento è stabilita dal regolamento in rapporto all'entità e alla complessità dell'opera da realizzare. La ripartizione tiene conto delle responsabilità professionali connesse alle specifiche prestazioni da svolgere. La corresponsione dell'incentivo è disposta dal dirigente preposto alla struttura competente, previo accertamento positivo delle specifiche attività svolte dai predetti dipendenti; limitatamente alle attività di progettazione, l'incentivo corrisposto al singolo dipendente non può superare l'importo del rispettivo trattamento economico complessivo annuo lordo; le quote pari dell'incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte dai medesimi dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, ovvero prive del predetto accertamento, costituiscono economie. I soggetti di cui all'art. 32, comma 1 lett. b) e c) possono adottare, con proprio provvedimento analoghi criteri". Al riguardo v. Ministero per i beni e le attività culturali-Uff.legisaltivo, circ. 1428 del 1 agosto 2008" *Corrispettivi e incentivi per la progettazione di cui all'art. 92 del d.lgs. 163/2006*" e A.CANCRINI-P.PISELLI-V.CAPUZZA, *La nuova legge degli appalti pubblici*, Roma, Igop, 2010, pag. 411), ove viene precisato che "A seguito della disciplina contenuta nell'art. 92 comma 5 del codice era stata già operata una novità rispetto all'art. 18 dell'abrogata legge Merloni: il codice ha elevato al 2% dell'importo a base di gara di lavori, rispetto al previgente 1,5%. Da questo primo dato positivo, il Ministero delle infrastrutture e trasporti ha emanato il proprio regolamento che stabilisce i criteri di ripartizione della quota fra i destinatari: il regolamento è il DM 17 marzo 2008, n. 84... Intanto a livello normativo, l'art. 61, comma 8 del d.l. n. 112/2008, così come è stato formulato dalla legge di conversione, n. 133/2008, stabilisce che "A decorrere dal 1° gennaio 2009, la percentuale prevista dall'art. 92 comma 5, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, è destinata nella misura dello 0,5% alle finalità di cui alla medesima disposizione e, nella misura dell'1,5% è versata ad un apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato". Infine va segnalato che il Ministero della giustizia, ha, per il suo ambito, emanato il DM 2 luglio 2008, n. 139...recante il regolamento per la ripartizione dell'incentivo economico di cui all'art.92, comma 5 del codice "(richiamano anche D.PONTE, *Introdotta una differenziazione per l'incarico di collaudatore statico*, in *Guida al diritto, Il sole 24 ore*, 4 11/03/2014

Al fine di giungere ad una loro corretta determinazione può farsi riferimento ad alcuni principi generali ricavabili dalle stesse disposizioni e dalle norme generali sul lavoro pubblico.

In primo luogo i compensi non spettano al presidente della commissione che obbligatoriamente viene scelto fra i dirigenti o funzionari apicali della stazione appaltante¹⁷.

Non spettano nemmeno ai componenti della commissione scelti fra i dipendenti della stessa stazione appaltante.

Ciò si desume, in primo luogo per effetto della mancata previsione di tale ipotesi nel richiamato art. 93, comma 5 del codice e comunque vige al riguardo il principio della omnicomprensività della retribuzione, per detti soggetti.

In argomento sono da richiamare alcune decisioni della Corte dei conti in sede giurisdizionale¹⁸.

In particolare C. conti, sez. reg. Puglia, n. 568/2010 ha condannato due dirigenti dell'assessorato al turismo della regione Puglia a risarcire all'ente la somma di euro 71.925,00 in relazione ai compensi indebitamente corrisposti a funzionari regionali per la loro partecipazione ad una commissione giudicatrice costituita al fine di valutare iniziative turistiche per beneficiare di finanziamenti regionali¹⁹. Ha osservato tra l'altro la sentenza che l'attività richiesta alla commissione, oltre a non presentare elementi di peculiarità tali da giustificare un esclusivo ricorso a competenze professionali specifiche

ottobre 2008, pp.30-32). Per fattispecie di responsabilità amministrativa in argomento v. anche Corte dei conti, sez. giurisdizionale regionale Campania, sent. 2271/2007 e n. 250/2012, in *www.corteconti.it*

¹⁷ Cons.di Stato, sent. n. 3592 dell'8 luglio 2013-“Laddove il componente della commissione giudicatrice, all'atto della nomina, riveste la qualifica di dirigente della stazione appaltante, per di più addetto all'ufficio direttamente competente all'istruttoria della procedura selettiva in questione, correttamente l'amministrazione nega le competenze professionali spettanti quale componente della commissione giudicatrice” (conferma TAR Puglia-Bari, sez-I, sent. n. 235/2005). V. anche conforme Tar Campania-Salerno, sez. II, sent. n.145/2007 relativamente a controversia sollevata da dipendente comunale nominato componente di una commissione giudicatrice di appalto concorso.

¹⁸ V.TENORE, *La responsabilità amministrativo contabile*, in AA.VV., *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2014, pp. 26 e ss.

¹⁹ M.LUCCA, *Affidamento di incarichi interni e compensi aggiuntivi*, in *L'amministrazione italiana*, 2011/1, pp. 52 e ss.
11/03/2014

e/o dirigenziali, , è comunque sempre stata espletata in connessione ai compiti istituzionali attribuiti a ciascun dipendente in rappresentanza dell'amministrazione di appartenenza e non potendo quindi, per i funzionari regionali derogarsi al principio di omnicomprensività del trattamento retributivo (C. conti, sez. Puglia, nn. 525/2001; 470/2007; 821/2008; Sez. II centrale, n. 98/2003). In ogni caso una *pressa interna contra legem* non esclude la colpa grave²⁰ (C. conti, sez. I centr. n.219/1999; sez. Calabria, n. 109/2006).

Circa l'erogazione di compensi è stato anche precisato che sussiste responsabilità anche se i compensi sono finanziati con risorse provenienti da programmi comunitari²¹⁻²². In tal senso Conte dei conti, sent. sez. Puglia, n. 615/2010 che ha condannato il dirigente di una provincia al pagamento di euro 3.824,00 per l'erogazione ad una dipendente dell'ente di compensi connessi allo svolgimento dell'attività di responsabile della rendicontazione di alcuni progetti comunitari²³. Non rileva nemmeno la circostanza, addotta nel corso del giudizio , che il dipendente avesse effettuato le prestazioni fuori dal normale orario di lavoro, considerato che la retribuità del lavoro straordinario prestato dai dipendenti pubblici è subordinata all'autorizzazione formale e preventiva dell'amministrazione, che postula la verifica in ordine alla ricorrenza di esigenze di servizio non suscettibili di essere soddisfatte con il normale orario di lavoro (Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2004, n. 1532)²⁴.

²⁰ cfr. "Prassi *contra legem* e responsabilità amministrativo contabile: valore scriminante della colpa grave?", in *Rivista della Corte dei conti*, 1999, n. 2, pp. 194-206;

²¹ cfr. "La Corte di cassazione riconosce la giurisdizione contabile italiana nel caso di frode su fondi diretti dell'Unione europea", in www.foroeuropa.it, n.5-settembre-ottobre 2013

²² Sul regime dei controlli in materia di contratti cofinanziati da risorse comunitarie cfr. Corte dei conti, sezione centrale del controllo sugli atti delle amministrazioni dello Stato, deliberazioni n. 14/2012 e n.16/2012 in www.corteconti.it.

²³ M.LUCCA, *op. cit.*, pag. 57.

²⁴ Cio' premesso presentano profili di criticità alcuni regolamenti relativi alle commissioni di gara di appalto reperibili con una semplice ricerca in rete. Infatti in numerosi di essi si rileva che l'ente prevede l'erogazione di un compenso, sia a favore di componenti "esterni"
11/03/2014

In particolare , nel caso di amministrazione aggiudicatrice istituita con specifiche funzioni di stazione appaltante²⁵ di norma le competenze interne devono ritenersi sufficienti e tali da non consentire la nomina di esterni , salvi casi particolari. In ogni caso rimane fermo il divieto di corrispondere compensi aggiuntivi al personale interno, costituendo l'attività connessa alle gare di appalto componente essenziale della missione assegnata all'ufficio.

Il compenso spetta invece ai componenti esterni all'ufficio (da intendersi tali anche se appartenenti ad amministrazioni pubbliche, come individuate dal cit. art. 3 comma 25 del codice)²⁶, diverse dalla stazione appaltante.

In materia di compensi ("ai soggetti esterni") come già osservato, non risultano emessi regolamenti governativi attuativi delle disposizioni ricavabili nel codice dei contratti e nel relativo regolamento di esecuzione. Non risultano nemmeno emessi specifici pareri dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) sicché la materia risulta regolata in via di prassi amministrativa, con significativi scostamenti fra le diverse amministrazioni.

Una indicazione era stata fornita dal Consiglio superiore dei lavori pubblici nel suo parere del 29 settembre 2004- "Quesiti su compensi professionali per commissioni di gara".

Il Consiglio, a seguito di richiesta pervenuta dall'ordine degli ingegneri della provincia di Roma, premessa l'assenza di normativa specifica, aveva indicato una serie di criteri che trovavano un riferimento nella

che di componenti "interni" e sia nel caso di gare con il criterio del "prezzo più basso", che di quello con "offerta economicamente più vantaggiosa", prevedendosi espressamente che il compenso per gli "interni" sia quantificato in una percentuale di quello degli "esterni".

²⁵ es. Consip spa, Stazioni uniche appaltanti regionali.

²⁶ In relazione al conferimento di tali incarichi vanno anche richiamate le relative disposizioni in materia di "trasparenza" di cui alla legge "anticorruzione" n. 190/2012 e al d.lgs. 33/2013 "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni" (in particolare artt. 15 e 18). Cfr. AA.VV., (prefazione F. PATRONI GRIFFI), *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle pubbliche amministrazioni*, Roma, 2013 ; ivi V.SARCONI, *La trasparenza amministrativa: da principio a diritto*, ivi pag. 65 e ss.; S.TOSCHEI, *La trasparenza negli appalti pubblici*, ivi, pp.139 e ss;

nota n. 1289/UL in data 31 luglio 1984 del Ministero dei lavori pubblici e nella tariffa per attività nel campo dei lavori pubblici (DM 4 aprile 2001)

Detti criteri avevano riguardo in particolare alle ipotesi di “appalto concorso”, alle “gare da aggiudicare con il criterio dell’ “offerta più economicamente più vantaggiosa”, ai “concorsi di ingegneria” e ai “concorsi di idee” ed erano commisurati in base a percentuali dell’onorario di progettazione²⁷, con possibilità comunque, nel caso di altre ipotesi, di ricorrere al criterio del compenso “a vacanza”.

Il parere non appare ormai coerente con la disciplina normativa sopravvenuta (nuovo codice appalti) e i chiarimenti giurisprudenziali prima richiamati.

A ciò si aggiunge l’intervenuta abrogazione del sistema tariffario per la prestazioni professionali operata dall’art. 9 del decreto legge 24 gennaio 2012 n.1, convertito dalla legge di conversione 24 marzo 2012 n. 27. Il comma 2° ha previsto tra l’altro che la liquidazione di compensi al professionista da parte di un organo giurisdizionale debba essere effettuata sulla base di parametri stabiliti in un apposito

²⁷Con previsione, per l’ipotesi di partecipazione a commissione giudicatrice di appalto concorso dei seguenti compensi: compenso base pari al 5% dell’onorario di progettazione; un compenso aggiuntivo per ciascun progetto, oltre al primo, pari al 5% del compenso base; un rimborso forfettario per spese varie nella misura del 15% del compenso base; IVA e oneri previdenziali se dovuti e rimborso delle eventuali spese di viaggio e pernottamento, su presentazione dei relativi titoli giustificativi. Al presidente della commissione “ spetta, sul compenso sopra determinato, una maggiorazione del 20%. Il compenso del segretario della commissione è ridotto del 20%. Nelle gare da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, “potrebbero essere adottati gli stessi criteri indicati per l’appalto concorso ma con modifiche nell’individuazione del compenso base”, e pertanto, 2% dell’importo del compenso di progettazione nei casi di “pubblico incanto o licitazione privata” e 3% nel caso di “concessione”. Nelle ipotesi di “concorso di progettazione” la percentuale è individuata nel 5% dell’onorario di progettazione, Per quanto ai “concorsi di idee”, “in questo tipo di gara i concorrenti non devono produrre un progetto più o meno definito ma fornire una proposta ideativa, indicata con elaborati in numero contenuto e di livello inferiore a quelli richiesti per un progetto preliminare. Anche l’indicazione economica non è nota se non con valutazioni di larga massima o come tetto di spesa indicato dall’amministrazione. In questo caso non essendo applicabile il riferimento all’importo del progetto, si può ricorrere a un compenso a vacanza, sulla base dell’effettivo tempo dedicato all’attività di cui trattasi, desumibile dai verbali delle riunioni della commissione, oltre al rimborso delle spese documentate”. Per quanto infine attiene ad altre “eventuali attività di commissioni giudicatrici” il parere osserva che “Nel caso che l’amministrazione intenda affidare ad una commissione esterna attività ordinariamente svolte da propri funzionari (es. gare al massimo ribasso, sia a corpo che a prezzi unitari, valutazione delle offerte anomale), si ritiene che, essendo l’impegno delle commissioni sostanzialmente indipendente dall’importo del progetto, i compensi per dette commissioni esterne possano essere individuati a vacanza sulla base dell’effettivo importo temporale profuso”.

decreto emesso dal Ministro della giustizia di concerto con il Ministro dell'economia e finanze. Inoltre "ai fini della determinazione dei corrispettivi da porre a base di gara nelle procedure di affidamento di contratti pubblici dei servizi relativi all'architettura e all'ingegneria, di cui alla parte II, titolo I, capo IV, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, si applicano i parametri individuati con il decreto di cui al primo periodo, da emanarsi per gli aspetti relativi alle disposizioni di cui al presente periodo, di concerto con il ministro delle infrastrutture e dei trasporti; con il medesimo decreto sono altresì definite le classificazioni delle prestazioni professionali relative ai predetti servizi. I parametri individuati non possono condurre alla determinazione di un importo a base di gara superiore a quello derivante dall'applicazione delle tariffe professionali vigenti all'entrata in vigore del presente decreto".

In attuazione di tali disposizioni sono stati emanati i decreti ministeriali 20 luglio 2012 n. 140, 27 novembre 2012, n. 265 e 21 febbraio 2013 n. 46²⁸.

In particolare, il decreto Min. Giustizia n. 140/2012 (Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione da parte di un organo giurisdizionale dei compensi per le professioni regolamentate vigilate dal Ministero della giustizia...) individua (art. 34) , con riferimento alle "professioni dell'area tecnica" quali "parametri generali per la liquidazione del compenso" i seguenti elementi: a) costo economico delle singole categorie componenti l'opera, definito parametro "V"; b) il parametro di base che si applica al costo economico delle singole categorie componenti l'opera, definito il parametro "P"; c) complessità della prestazione, definita parametro "G"; d) la specificità della prestazione, definita parametro "Q". I successivi articoli provvedono a specificare gli anzidetti parametri (art.35-costo dell'opera; art. 36-complessità della prestazione; art. 37-specificità della prestazione). Le prestazioni (art.

²⁸ Il DM Giustizia 27 novembre 2012 n. 265 disciplina la determinazione dei parametri per oneri e contribuzioni dovuti alle casse professionali e agli archivi in attuazione dei cit. art. 9 del d.l. n. 1/2012; il DM 21 febbraio 2013 n. 46 attua lo stesso articolo del d.l. 1/2012 per gli iscritti all'albo dei consulenti del lavoro.

37) sono distinte fra: a) definizione delle premesse, consulenza e studio di fattibilità; b) progettazione; c) direzione esecutiva; c) verifiche e collaudi. Il comma 4° precisa che “il compenso per le prestazioni non comprese nelle fasi di cui al comma 1 e, nelle categorie di cui al comma 2, è liquidato per analogia”. Secondo l’art. 38 “Il compenso per le prestazioni di consulenza, analisi ed accertamento, se non determinabile analogicamente, è liquidato tenendo particolare conto dell’impegno del professionista e dell’importanza della prestazione”.

Il decreto anzidetto non prevede espressamente l’ipotesi di prestazioni professionali connesse alla partecipazione a commissioni di gara per appalti pubblici e lo stesso ricorso all’analogia appare opinabile.

Risultano pertanto possibile il riferimento alla modalità “residuale” indicata nel già citato parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici del 2004, ovvero del compenso “a vacanza” ovvero la previsione di un compenso a seduta, con individuazione di limiti massimi.

Entrambe le ipotesi si trovano applicate in via di prassi in provvedimenti di nomina delle commissioni giudicatrici.

Il criterio della “vacazione” viene espressamente in una delibera del 2010 di una Provincia Autonoma (Capitolato prestazionale per il conferimento di incarichi di progettazione, direzione lavori, responsabile di progetto, coordinatore per la sicurezza nei cantieri e altre prestazioni professionali connesse con la progettazione e realizzazione di opere pubbliche ...) che all’art. 2 individua, fra le varie forme di modalità di corresponsione di onorari, quella “a vacanza, ossia in ragione del tempo impiegato”, prevedendo in particolare, all’art. 53, che “Le prestazioni di membri di commissioni per concorsi di progettazione o gare per l’affidamento dei lavori, forniture e servizi è compensata a vacanza a norma dell’art.2”.

Quanto agli importi erogati, la citata delibera quantifica le vacanze tra gli euro 73,49 per ogni ora o frazione di ora per il “professionista incaricato, ingegnere ed architetto e geologo” ed euro 36,76 per ogni ora o frazione di ora per “aiuto geometra o perito industriale”.

Un altro parametro di riferimento per la quantificazione delle vacanze è dato dal DM 30 maggio 2002 –Adeguamento dei compensi spettanti

ai periti, consulenti tecnici, interpreti e traduttori per le operazioni eseguite su disposizione dell'autorità giudiziaria in materia civile e penale", che prevede, art. 1, comma 1, che "Gli onorari di cui all'art. 4 della legge 8 luglio 1980 n. 319, sono rideterminati nella misura di euro 14,68 per la prima vacanza e di euro 8,15 per ciascuna della vacanze successive".

Altro criterio è quello del compenso a seduta con importi variabili da 50,00 a 600,00 euro (per ciascuna seduta) rinvenibili nei provvedimenti di nomina di commissione giudicatrice da parte di assessorati regionali o enti locali (in alcuni casi è inoltre previsto un compenso aggiuntivo nella misura del 20% del compenso base per ciascuna offerta esaminata, nonché compenso aggiuntivo forfettario in misura pari all'1 per mille dell'importo a base d'asta). Sono sempre inoltre previsti gli oneri fiscali, assistenziali e previdenziali a carico dell'amministrazione nonché i rimborsi spese, questi anche per i componenti "interni".

In tal modo la determinazione dei compensi risulta affidata alla discrezionalità delle pubbliche amministrazioni ²⁹ nel rispetto di principi di buona amministrazione, efficienza ed economicità, contemperando le esigenze di disporre di personale qualificato nella composizione delle commissioni con quelle di razionale utilizzo delle risorse pubbliche (art. 97 cost., art.1 legge 241/1990), pur risultando comunque opportuna una precisazione normativa della materia.

²⁹ M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; A.ATTANASIO, *Modulo consensuale nell'esercizio della potestà amministrativa. Brevi note sui profili di rilevanza nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in www.amcorteconti.it; P.SANTORO, *Discrezionalità e buona fede: un connubio anomalo* (nota a C. Conti, sez. Lombardia, 30 giugno 2005, n. 467) in *Foro amm.-CDS*, 2005, 6, pp. 1940; A.CIARAMELLA, *La tutela delle scelte discrezionali e di quelle imprenditoriali nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte dei conti*, 2005, 2, pp. 290 e ss.; N.PIGNATELLI, *Legalità costituzionale ed autotutela amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012; Cons. Stato, sez. V, decisione 10 maggio 1929, n. 279, c.d. "caso Bruzzone", in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, pp. 141 e ss., con commento di M.CHIAPPETTA, *L'autotutela amministrativa*.