



La nomina della commissione di gara nelle procedure ad evidenza pubblica

di Carlo Buonauro, magistrato amministrativo TAR Campania - Napoli

Notevole rilevanza pratica – in ragione del frequente contenzioso manifestatosi al riguardo - e significativo spessore concettuale – in ragione del livello dei principi intercettati, alla luce del nuovo statuto della P.A. – assume la tematica relativa alla nomina, nell’ambito degli enti locali, della commissione di gara nelle procedure ad evidenza pubblica per l’affidamento di contratti di appalto pubblico alla luce del combinato disposto di cui agli artt. 84 D. Lgs. n. 163/2006 e 107 D. Lgs. n. 267/00.

La questione involge la problematica dei rapporti tra la Giunta e l’apparato burocratico in tema di gara d’appalto, con particolare riferimento alla posizione ed al ruolo del responsabile del servizio e del responsabile unico del procedimento nella procedura di nomina della commissione giudicatrice. È opportuno preliminarmente evidenziare che la nomina delle commissioni giudicatrici trova espressa disciplina nell’art. 84, comma secondo, D. Lgs. 163/06. Si tratta di una norma che generalizza ed estende a tutti i contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, quando il criterio di aggiudicazione prescelto è quello dell’offerta economica più vantaggiosa, la disciplina originariamente prevista per i soli lavori dall’art. 21 della L. 109/94, risolvendo, dunque, in senso positivo il contrasto giurisprudenziale in merito all’applicabilità generalizzata delle disposizioni già contenute dall’art. 21 Legge Merloni, in tema di nomina e costituzione della commissione giudicatrice. L’articolo de quo regola gli aspetti essenziali relativi alla composizione e all’operato della commissione, mentre gli aspetti di dettaglio concernente il procedimento che la commissione segue e le modalità di nomina dei commissari, sono demandati al regolamento; al riguardo si nota come debba ritenersi vigente, in quanto compatibile, l’art. 92 del D.P.R. 554/99 (di tal che deve ritenersi che il rinvio, operato dalla norma in questione, al nuovo regolamento ex art. 5 – il cui testo, in un primo momento definitivamente predisposto dal Governo, si è arenato al momento della registrazione della Corte dei Conti, risultando per certi versi attualmente superato anche per effetto dell’entrata in vigore del cd. terzo correttivo D. Lgs. N. 152/2008 che tra l’altro ha soppresso il potere della Commissione stessa di fissare i criteri motivazionale per l’attribuzione del punteggio, con conseguente probabile stravolgimento ad opera del nuovo deliberato – non condizioni, come pure da taluno paventato, l’immediata operatività della norma in questione). Va

ribadito che tale norma opera precettivamente per gli appalti che vengono aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in ragione del carattere comunque discrezionale della valutazione operata dai componenti del seggio di gara (e, quindi, della potenziale diversità di esito e di giudizio in presenza di una diversa composizione o nomina), sicché non trova applicazione nelle fattispecie per le quali il criterio di aggiudicazione è quello del massimo ribasso in considerazione del carattere vincolato dell'esito valutativo in presenza di un meccanismo di aggiudicazione matematico ed automatico che rende irrilevanti le eventuali inosservanze sul regime soggettivo dell'organo procedente.

Per completezza espositiva occorre evidenziare che recentemente la Corte Costituzionale ha dichiarato, con sentenza n. 401 del 23 novembre 2007, costituzionalmente illegittimo l'art. 84, commi 2, 3, 8 e 9, D.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui vincola le Regioni all'osservanza di norme in materia di composizione e modalità di nomina dei componenti delle commissioni di gara, anziché disporre che le disposizioni abbiano carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale che abbia già diversamente disposto o che disponga per l'avvenire, trattandosi di profili che non rientrano nella materia "tutela della concorrenza", ma nella materia "organizzazione amministrativa", che compete alle Regioni quanto alla propria organizzazione (cfr. sul punto TAR Campania Napoli, sent. n. 16306 del 17 dicembre 2007, in questa rivista, la quale, affrontando anche i temi dei rapporti tra la legislazione nazionale (D. Lgs. n. 163/2006 e successive modifiche ad opera del D. Lgs. n. 113/2007) e la Legge regionale Campania n. 3/2007, alla luce dei principi consacrati nelle recente giurisprudenza costituzionale, ha precisato che, da un lato, la disciplina sulla composizione della commissione di gara per gli appalti di servizi, è inderogabile nella parte in cui disciplina la qualificazione che i tre membri necessari devono possedere (deve trattarsi di tecnici esperti nella materia oggetto dell'appalto); dall'altro ha osservato che la nuova disciplina al riguardo introdotta dal Codice dei Contratti Pubblici (art. 84, recentemente dichiarato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 401 del 23 novembre 2007, costituzionalmente illegittimo in parte qua, secondo però una prospettiva che, incentrandosi sul piano del riparto di competenze legislativo Stato-Regioni ai sensi del novellato art. 117 Cost. e sulla mancata cedevolezza delle disposizioni statali, non interferisce con la controversia oggetto della decisione, anche in ragione della sovrapponibile previsione di cui all'art. 58 della L. R. Campania n. 3/2007), introduce significativi elementi di novità, ribadendo sia la necessaria competenza qualificatoria dei componenti, sia la prioritaria provenienza pubblico-interna degli stessi (viepiù confermata dalle novità introdotte dal cd. secondo correttivo – D. Lgs. N 113/2007 – non applicabile *ratione temporis*, nella misura in cui specifica che il ruolo presidenziale può essere rivestito anche da un

funzionario apicale della stazione appaltante, nonché introduttiva della possibilità di ricorrere a funzionari di altre pubbliche amministrazioni).

Cuore del problema resta, tuttavia, il rapporto tra la Giunta, organo di indirizzo politico, che compie tutti gli atti rientranti nelle funzioni degli organi di governo e che non ricadano nelle competenze, previste dalle leggi o dallo Statuto, del Sindaco o degli altri organi di decentramento; e l'apparato burocratico in relazione alla nomina della commissione giudicatrice negli appalti pubblici con la P.A..

Sempre in via preliminare va soggiunto che sulla tematica in esame non si registra una copiosa elaborazione dottrinale in ragione non solo della novità della disciplina, di recente oggetto anche di pronuncia da parte della Corte Costituzionale, ma soprattutto in considerazione della specificità della questione affrontata. Dagli scarsi contributi dottrinali si evince, tuttavia, che sul punto la precedente formulazione – “per il tramite del responsabile del procedimento” –, antecedente al codice degli appalti, aveva ingenerato dubbi interpretativi in ordine sia al rapporto tra personale burocratico e organi di indirizzo politico, sia tra dirigente preposto all'ufficio competente ed il soggetto investito della responsabilità del procedimento di nomina della commissione giudicatrice negli appalti con la P.A.. In considerazione della formulazione dubbia di cui sopra, non sono mancati, sotto il vigore della precedente disciplina, autorevoli voci che hanno ritenuto di spettanza della Giunta municipale la potestà di nomina della commissione giudicatrice nelle gara di appalto. Trattasi di posizione ermeneutica talora recepita anche nella giurisprudenza formatasi nella vigenza della pregressa normativa, ove si legge, ad esempio, che, benchè l'art. 21 5° comma della L. 109/1994 e s.m. affermi, a livello di inciso, che il potere di nomina della Commissione è dell'“organo competente ad effettuare la scelta dell'aggiudicatario od affidatario dei lavori...” e che l'art. 51 della L. 142/1990 e s.m. affidi ai Dirigenti la responsabilità delle procedure di appalto, l'interpretazione di tali norme non conduce, in termini cogenti a ritenere che la competenza alla nomina delle Commissioni giudicatrici sia, per legge, “riservata” ai Dirigenti, in quanto l'ente locale, in forza della stessa norma, gode di uno spazio di autonomia nell'individuare gli organi deputati all'adozione di determinati provvedimenti, tramite disposizioni statutarie e regolamentari specifiche (T.A.R. Sardegna, 7 marzo 2000 n. 428, per il quale, in conclusione, dal quadro normativo suddetto non si evince, dunque, una specifica “riserva” ai dirigenti (come lo è, invece, per la Presidenza delle Commissioni) del potere di nomina della Commissione, ben potendo questa rientrare, se il Consiglio comunale lo ritiene opportuno, nelle competenze della Giunta. Tale opzione interpretativa (condivisa anche dal T.A.R. Toscana che, investito della questione relativa ad una presunta illegittimità della nomina della commissione giudicatrice per appalti pubblici ad opera dell'incompetente Giunta Municipale, con una pronuncia n. 5699 del 07 novembre 2003 ha

affermato in modo lapidario che l'art. 107, co. 3, D.lgs. 267/00 individua la competenza del dirigente a presiedere le commissioni ma non a nominarle) ha talora trovato accoglimento anche presso il giudice amministrativo di secondo grado, che con decisione n. 6354/00 ha accolto il principio secondo il quale la nomina della commissione giudicatrice di un appalto rientra tra i provvedimenti adottabili dalla Giunta Municipale, specificando che Gli atti attuativi degli appalti, tra cui la nomina della commissione giudicatrice di una gara, sono di competenza della Giunta Municipale, organo di gestione a competenza generale, ovvero di altri organi dell'ente, se a questi ultimi risultano espressamente riservati dalla legge o attribuiti dallo Statuto del comune.

Nondimeno, la dottrina più recente, in ossequio alla più coerente e rigorosa interpretazione del sistema di competenze nel rinnovato quadro dell'organizzazione amministrativa, precisa, implicitamente, ma univocamente, che, alla medesima stregua delle altre forme di affidamento di servizi, si deve certamente escludere un'attribuzione di competenza nella materia in questione all'organo politico-amministrativo. In particolare si giunge a tale conclusione, partendo dal presupposto che è, ormai, noto che l'art. 3 del D.Lgs. n. 29/1993 e poi l'art. 4 del D.Lgs. n. 165/2001, norme che esprimono per espresso dettato dell'art. 1 dei medesimi D.Lgs. un principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico, hanno sancito la separazione tra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo in capo agli organi di governo, e le funzioni di gestione amministrativa della cosa pubblica in capo ai dirigenti delle Pubbliche Amministrazioni. Pertanto la dottrina, in coerenza con il suesposto principio, riconosce, dunque, che ai dirigenti degli Enti Locali è specificamente attribuita, dall'art. 107 del T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, la competenza in materia di procedure concorsuali d'appalto. Inoltre, rileva, altresì, che in consonanza con il carattere di principio fondamentale espresso dalla normativa in materia, il citato art. 107 del T.U. ha stabilito che le attribuzioni dei dirigenti non possono essere oggetto di deroga se non per espressa e specifica disposizione legislativa e che le disposizioni legislative che conferiscono agli organi di governo l'adozione di atti di gestione e di emissione di provvedimenti amministrativi s'intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti. Orbene in forza del quadro di principio e normativo richiamato, secondo la dottrina maggioritaria, è in modo certo da escludersi un'attribuzione di competenza nella materia in questione all'organo politico-amministrativo. Invero parte della dottrina moderna più attenta ad un'interpretazione del dato letterale rileva che già la pre- vigente disposizione legislativa nella misura in cui stabiliva che la stazione appaltante dovesse procedere alla scelta del contraente "per il tramite del responsabile del procedimento", era sufficiente ad escludere la competenza in materia della Giunta Municipale, in base al solo tenore letterale della norma. Se poi si tiene conto della nuova disposizione e la si legge, come i canoni di corretta ermeneutica esigono, con riferimento al descritto quadro di principio e normativo, non può

sorgere dubbio che in materia la competenza non è attribuita alla Giunta Municipale, ma al Dirigente dell'Ufficio.

Alla luce delle considerazioni svolte, la moderna dottrina si esprime sul punto evidenziando l'esplicita intenzione del legislatore di sottrarre all'area politica la gestione delle procedure di gara, indicando nei dirigenti i responsabili delle fasi procedimentali. Di conseguenza, in questo solco, non può non apparire ultronea l'attribuzione alla giunta municipale delle competenze in tema di nomina della commissione di gara negli appalti con la P.A., in quanto in tal modo verrebbe meno la distinzione e le competenze in tema di indirizzo si verrebbero a sovrapporre alle scelte tecniche, esclusivamente riservate alla dirigenza.

Più nel dettaglio, occorre prendere le mosse dal dato normativo di diritto positivo: i rapporti tra Giunta ed apparato burocratico trovano disciplina generale nell'art. 107, comma 1, Tuel, secondo il quale i poteri di indirizzo e di controllo spettano agli organi di governo mentre la gestione amministrativa è attribuita ai dirigenti.

Il principio di separazione dei poteri tra organi politici e dirigenti è poi ripreso dal successivo comma 2, il quale specificando il contenuto della disposizione precisa che spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione di atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, che la legge e lo statuto espressamente non riservano agli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale.

Dall'esegesi di queste norme si evince chiaramente che mentre alla Giunta è attribuito il compito di adottare atti di indirizzo, come è precisato nel richiamato art. 107, comma 1, con i quali si dettano ai dirigenti ed ai responsabili degli uffici e dei servizi (nei Comuni privi di qualifica dirigenziale), le modalità con le quali essi assolvono ai compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi, prefissati dagli organi di governo; viceversa, in capo al dirigente, figura giuridica professionale munita di una propria sfera di autonomia decisionale, gestionale ed operativa, come precisa il successivo comma 3 dell'art. 107, competono numerose funzioni con rilevanza esterna, mediante le quali si realizza la manifestazione all'esterno della volontà dell'ente di pertinenza.

L'articolo 107 D.Lgs 267/2000 contiene, dunque, un'ampia definizione dei poteri dei dirigenti stabilendo, quindi, che essi sono titolari non solo della gestione amministrativa, ma anche di quella finanziaria e tecnica, attraverso degli autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo anche e soprattutto nella materia degli appalti pubblici.

Alla luce della ricognizione testé effettuata emerge che il nuovo assetto dei poteri all'interno degli enti locali è incentrato su di una rigida ed effettiva separazione dei rispettivi ruoli: da un lato i compiti di indirizzo che sono attribuiti al potere politico; dall'altra, invece, i poteri gestionali, che divengono propri dei dirigenti.

Tale netta separazione crea difficoltà di non poco conto per gli enti locali di piccole dimensioni, ove la scarsa struttura organizzativa conosce, nella maggioranza dei casi, la concentrazione in una sola persona delle diverse fasi di una procedura di gara.

Sul punto l'orientamento espresso dal giudice amministrativo (cfr. per tutte Consiglio di Stato, Sez. V, 28 dicembre 2007 n. 6723,) è nel senso per cui competente per la nomina della commissione di gara nelle procedure indette per l'aggiudicazione di appalti con la Pubblica Amministrazione non è la Giunta municipale, bensì il dirigente responsabile unico del procedimento. Da un lato, infatti, ex art. 107 D.Lgs. 267/2000 (il cui comma 3 prevede espressamente il conferimento, in favore dei dirigenti degli enti locali, sia della presidenza delle commissioni di gara e di concorso, sia delle responsabilità delle procedure di appalto e di concorso, e di conseguenza anche della nomina della commissione giudicatrice). Dall'altro, si evidenzia che tale norma costituisce disposizione immediatamente applicabile senz'altro dell'interposizione di apposite fonti secondarie, cui spetta solo la determinazione delle modalità d'esercizio della competenza, comunque indefettibile, e tale da non tollerare impedimenti o soluzioni di continuità. L'immediata precettività dell'articolo de quo si fonda, del resto, sul ben noto riparto, fra compiti di governo, di indirizzo e di coordinamento, e quelli di gestione, che costituisce struttura fondante dell'intera riforma delle autonomie locali.

In definitiva, tale norma, che prevede una presenza continua e costante dei dirigenti locali nell'intera procedura di gara, si inserisca coerentemente nel contesto degli obiettivi di gestione e di risultato che fanno capo ai dirigenti, responsabili del buon esito dell'azione amministrativa ad essi demandata e titolari dei poteri amministrativi che nel corso dei vari procedimenti devono essere esplicati.

Del resto l'assegnazione al dirigente della responsabilità piena del procedimento di gara esige, per la completa attuazione dell'istituzione di tutti i compiti connessi alla procedura ad un medesimo soggetto e per la realizzazione dell'evidente finalità di assicurare economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, che nel novero delle competenze assommabili in capo al dirigente responsabile siano comprese tutte le funzioni amministrative direttamente riferibili alla direzione della gara ed alla verifica del suo corretto svolgimento, tra cui anche la competenza alla nomina della commissione giudicatrice.

L'esclusione di taluno dei compiti considerati dalla sfera di attribuzioni del dirigente responsabile, oltre a non essere imposta dalla disposizione menzionata (che impegna, semmai, all'assegnazione di tutte le funzioni rilevanti della procedura al medesimo dirigente), vanificherebbe, peraltro, gli interessi chiaramente sottesi alla disposizione menzionata, frammentando le competenze direttive connesse al procedimento di gara tra più soggetti ed impedendo, così, la gestione unitaria ed uniforme dello stesso.

Quanto poi alla più volte sollevata questione relativa all'estrinsecazione della problematica in questione nei Comuni di piccole dimensione, nei quali risulta difficile individuare una figura dirigenziale, chi scrive è dell'opinione per cui, sebbene l'art. 109 D.Lgs. 267/2000 sembri lasciare ampia discrezionalità al Sindaco, nei Comuni privi di personale di qualifica dirigenziale, di delegare, con provvedimento motivato, le relative funzioni, ai responsabili degli uffici e dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, è del pari vero che, tra gli stessi, non possa annoverarsi la Giunta. Né tale principio risulta derogabile nel caso di specie dall'art. 53, comma 23 della L. n. 388/00, così come modificato dall'art. 29 comma IV L. 448/01, in quanto sebbene, con tale norma, il legislatore ha concesso ai comuni, con popolazione inferiore a 5000 abitanti, la possibilità di affidare, mediante disposizioni regolamentari, la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica – gestionale, ai singoli componenti dell'organo esecutivo, tuttavia tale possibilità non viene attribuita all'intera Giunta.

Si tratta, infatti, di una norma che non solo conferma il carattere eccezionale delle deroghe al regime ordinario e l'esigenza della loro assunzione con specifico strumento legislativo, ma che si rivolge solo ai piccoli Comuni e che non rimette alla Giunta, ma solo ai suoi componenti, l'espletamento, uti singuli e non, quindi, in sede collegiale, di compiti normalmente spettanti alla dirigenza

Si evidenzia altresì che l'art. 53, comma 23 della L. n. 388/00, così come modificato dall'art. 29 comma IV L. 448/01, ai fini della sua applicazione richiede il rispetto di un'ulteriore condizione, ovvero che, l'attribuzione di responsabilità degli uffici e dei servizi comunali agli assessori, ed il potere degli stessi di adottare atti anche di natura tecnica gestionale, deve essere prevista da norme regolamentari organizzative.