

La nomina della commissione e la sua lesività

La prima questione che viene in rilievo riguarda la nomina della commissione e i suoi effetti lesivi sulla posizione dei partecipanti alla gara. Si tratta di stabilire se tale nomina sia immediatamente lesiva e quindi vada impugnata immediatamente nel caso di ritenuta illegittimità della stessa ovvero se gli effetti lesivi si producano solo in un secondo momento, cioè unitamente a un successivo atto di gara.

Sul punto la giurisprudenza prevalente – cui aderisce la sentenza n. **4054 del 2018** – afferma che la ritenuta illegittima composizione della commissione non è suscettibile di immediata impugnazione in quanto priva di autonoma lesività, potendo essere contestata solo all'esito della gara. Questa mancanza di autonoma lesività riguarda peraltro non solo l'atto di nomina, ma anche tutti gli atti compiuti dalla commissione stessa durante lo svolgimento della gara; anche questi ultimi non debbono essere impugnati autonomamente ma solo unitamente al provvedimento conclusivo della procedura di gara (di norma, l'aggiudicazione definitiva).

Quando va nominata la commissione di gara

Altro tema oggetto di dibattito e su cui si è formata una vasta giurisprudenza è quello dell'individuazione del momento in cui va nominata la commissione di gara.

In proposito il legislatore ha da tempo affermato un principio che si trova attualmente ribadito all'articolo 77, comma 7 del D.lgs. 50. Secondo tale previsione “La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte”. Sul punto tuttavia la sentenza n. 4054 del 2018 – rifacendosi a una pregressa giurisprudenza formata sotto la vigenza del D.lgs. 163/2006, che conteneva identica previsione – afferma un principio che sembra attenuare la rigidità della disposizione normativa sopra richiamata.

Il giudice amministrativo afferma infatti che la stazione appaltante del tutto legittimamente può effettuare il sorteggio di alcuni commissari in un momento anteriore al termine ultimo per la presentazione delle offerte. Ciò in quanto il principio della posteriorità della nomina rispetto al suddetto termine riguarderebbe la formazione della commissione nella sua interezza e non precluderebbe quindi la preventiva individuazione di alcuni dei suoi componenti.

Queste affermazioni si basano su una sottile distinzione tra nomina della commissione e individuazione/designazione dei suoi componenti. In realtà non è agevole cogliere questa distinzione nella norma legislativa, che è formulata in termini molto ampi e fa riferimento sia alla nomina dei commissari che alla costituzione della commissione. Per sfuggire a questa apparente omnicomprensività la giurisprudenza ha quindi introdotto una nozione di individuazione del singolo commissario che sarebbe cosa diversa dalla sua nomina, e che di conseguenza non sarebbe soggetta all'obbligo di intervenire in un momento successivo al termine di presentazione delle offerte.

Le perplessità rispetto a questa ricostruzione tuttavia non derivano solo dalla formulazione testuale della norma ma anche dalla sua ratio. Questa viene comunemente individuata nella finalità di garantire l'imparzialità e la trasparenza delle operazioni di gara, il cui pieno rispetto sembra presupporre che i nominativi dei componenti la commissione non siano noti fino a che non sia scaduto il termine di presentazione delle offerte. Se si condivide questa ratio perde di significato la pretesa distinzione tra individuazione dei componenti la commissione e loro successiva nomina, poiché già dal primo momento – quello dell'individuazione – verrebbe meno la finalità di non rendere noti i nominativi dei commissari.

Proprio la presunta ratio della norma pone il dubbio se la previsione in esame sia effettivamente funzionale all'obiettivo di garantire la trasparenza e l'imparzialità delle operazioni di gara. Non è infatti chiaro perché e in che termini la nomina della commissione posteriormente alla scadenza del termine ultimo di presentazione delle offerte dovrebbe essere elemento di garanzia ai fini del corretto svolgimento della procedura di gara.

Infatti, eventuali accordi collusivi o tentativi di inquinamento delle operazioni di gara potrebbero essere operati anche dopo il termine di scadenza di presentazione delle offerte, cosicché posticipare la nomina della commissione non appare elemento dirimente per evitare questo pericolo.

L'incompatibilità dei commissari

Sempre nella sentenza n. 4054/2018 viene affrontato il tema dell'incompatibilità dei commissari di gara. Nel caso di specie il possibile profilo di incompatibilità di un commissario era stato sollevato da un concorrente con riferimento al fatto che tale commissario in passato da un lato aveva redatto una perizia a favore di un concorrente e dall'altro aveva svolto il ruolo di consulenza nei confronti di un altro concorrente.

Da questa situazione veniva prefigurato un possibile conflitto di interessi ai sensi dell'articolo 42 del D.lgs. 50. Quest'ultima norma fa riferimento all'ipotesi in cui il personale della stazione appaltante che interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione o può influenzarne in qualsiasi modo il risultato – tale dovendosi intendere, in un'accezione ampia, anche i commissari di gara - abbia direttamente o indirettamente un proprio interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza.

Sotto questo profilo il giudice amministrativo ricorda che il conflitto di interessi, per assumere rilievo ai fini di delineare una causa di incompatibilità, deve basarsi su un interesse personale che sia attuale e diretto. Questa caratterizzazione non ricorre nel caso di specie, venendo in rilievo da un lato una perizia redatta in un momento molto anteriore, mentre dall'altro lato mancherebbe una specifica prova da cui desumere la situazione di incompatibilità. Sotto quest'ultimo aspetto la sentenza ribadisce che devono essere portati elementi concreti da cui desumere l'effettiva incompatibilità dei commissari di gara, non essendo sufficienti elementi presuntivi e generici.

La composizione numerica

Che la commissione di gara debba essere formata da un numero dispari di componenti è un principio consolidato ai fini della nomina e del funzionamento di questo organo. Anche il legislatore si è da tempo orientato in questo senso. Attualmente il richiamato principio è sancito dall'articolo 72, comma 2 del D.lgs. 50, che stabilisce esplicitamente che la commissione deve essere costituita da un numero dispari di commissari, non superiore a cinque. Tuttavia la sentenza n. 4143/2018 conferma un orientamento che si era già affermato nella pregressa giurisprudenza e che sancisce una deroga al principio della composizione della commissione in numero pari. Secondo questo orientamento il principio non può essere considerato come immanente all'ordinamento dei contratti pubblici, fino al punto da determinare l'illegittimità della composizione della commissione per il solo fatto che i suoi membri sono in numero pari. Ciò alla luce del fatto che esistono comunque numerose ipotesi di collegi che operano in composizione paritaria.

In ogni caso la sentenza 4143 sottolinea che anche ove si accogliesse la tesi della necessaria composizione dispari della commissione, quale riflesso del principio di buon andamento dell'azione amministrativa, l'eventuale vizio consistente nella deroga a tale principio potrebbe essere fatto valere non in linea astratta, ma solo qualora abbia concretamente inciso sulle decisioni assunte dalla commissione.

Di conseguenza il vizio della composizione in numero pari non potrebbe essere fatto valere in tutti i casi in cui tale composizione non abbia concretamente inciso sugli interessi della parte che si assume pregiudicata, come avviene nel caso in cui le decisioni della commissione siano assunte all'unanimità, senza che quindi abbia avuto alcuna influenza la mancanza del numero dispari dei commissari di gara.

Le sottocommissioni

Sempre la sentenza 4143 si occupa della natura della commissione quale collegio perfetto e delle deroghe a tale principio.

La natura di collegio perfetto comporta che di norma la commissione di gara debba operare nella pienezza della sua composizione e non solo con la maggioranza dei suoi membri. La violazione di tale regola comporta che le operazioni di gara che non siano compiute con la presenza di tutti i componenti debbano essere considerate illegittime.

Questa regola tuttavia può subire alcune deroghe. Essa vale sicuramente per quelle operazioni di gara che abbiano carattere valutativo, come la fissazione dei criteri di valutazione e la valutazione stessa delle offerte. Al contrario non è necessario che la commissione agisca con la presenza della totalità dei suoi membri per tutte quelle attività preparatorie, istruttorie o strumentali, che sono peraltro destinate a confluire nella fase successiva in cui è presente l'intera commissione.

In sostanza le attività strumentali e preparatorie all'attività valutativa vera e propria possono essere delegate a singoli membri o a sottocommissioni a condizione che la commissione nella sua interezza sottoponga a successiva verifica le suddette attività così da acquisirle avendole preventivamente valutate e condivise.