

**Relatore: Prof. Avv. Andrea Altieri**

**La responsabilità della Pubblica Amministrazione  
nell'espletamento di una procedura di gara ad evidenza pubblica.  
Aspetti morali e Codice Deontologico.**

Indice: 1. *L'attività negoziale della Pubblica Amministrazione e le caratteristiche del procedimento ad evidenza pubblica: i sistemi di scelta del contraente.* - 2. *Il ruolo delle commissioni giudicatrici alla luce delle recenti interpretazioni giurisprudenziali. Profili di responsabilità* - 3. *I principi ispiratori di un Codice Deontologico per le Pubbliche Amministrazioni: analisi dei presupposti dei contenuti e delle finalità.*

\*\*\*\*\*

Le tematiche trattate nel Convegno - afferenti l'etica ed il diritto della Pubblica Amministrazione - offrono lo spunto per uno specifico approfondimento sulle forme di responsabilità ravvisabili all'interno di una procedura di gara ad evidenza pubblica, oltre che sul rispetto di determinati codici morali e comportamentali da parte delle commissioni giudicatrici.

*1. Caratteristiche del procedimento ad evidenza pubblica della Pubblica Amministrazione: i sistemi di scelta del contraente.*

L'agire della Pubblica Amministrazione è condizionato al perseguimento degli interessi pubblici ed al rispetto dei principi costituzionali che ne costituiscono il suo fondamento: tali principi si riferiscono al buon andamento ed alla imparzialità della azione amministrativa, secondo quanto previsto e stabilito dall'art. 97 della Carta Costituzionale.

Questo assetto si riflette, evidentemente, anche nelle attività contrattuali delle singole Amministrazioni e, nello specifico, nelle procedure utilizzate per la determinazione a contrarre, per l'esteriorizzazione di tale volontà e per la scelta finale del contraente privato; la loro regolamentazione è affidata alle norme di diritto pubblico e non già di diritto privato.

In ossequio al rispetto dei richiamati principi costituzionali, l'attività negoziale della Pubblica Amministrazione non può pertanto essere paragonata a quella comune dei soggetti privati, essendo caratterizzata - come detto - da aspetti di regolamentazione propri esclusivamente della disciplina pubblicistica.

Pertanto, sia che la P.A. utilizzi uno strumento negoziale tipico del diritto privato,<sup>1</sup> sia un contratto ad oggetto pubblico<sup>2</sup>, si dovrà fare riferimento ad una determinata procedura, regolamentata dalle norme sull'evidenza pubblica.

Il principio dell'evidenza pubblica rappresenta una regola generale per il nostro ordinamento giuridico, avendo come finalità primaria la tutela dell'interesse della Pubblica Amministrazione e quella, ulteriore, di selezionare sul mercato di riferimento, il miglior contraente in grado di offrire le migliori prestazioni alle condizioni economiche più vantaggiose per l'Amministrazione interessata.

La normativa sull'evidenza pubblica è rivolta, inoltre, a garantire l'idoneità tecnica e morale dell'imprenditore che contratta con la P.A., ad evitare così il verificarsi di fenomeni di collusione fra funzionari pubblici e privati, e ad assicurare, in tal modo, la scelta più trasparente (oggettiva), proposta dai singoli offerenti nelle sessioni di gara.

Il rispetto della procedura sull'evidenza pubblica ha di recente subito un considerevole ampliamento, in relazione ai soggetti istituzionali tenuti ad osservarla: invero, dapprima la giurisprudenza amministrativa e comunitaria<sup>3</sup> e, successivamente, l'intervento del legislatore nazionale<sup>4</sup> e comunitario, hanno esteso il rispetto di tale procedura agli organismi di diritto pubblico, ai

---

<sup>1</sup> Quali, ad esempio, la compravendita, la locazione o il comodato.

<sup>2</sup> I contratti che la Pubblica Amministrazione può utilizzare, sono classificabili secondo diverse tipologie che - in alcune ipotesi - rendono differenti i modelli utilizzati, rispetto a quelli tra privati:

a) *contratti ordinari di diritto privato* che non riportano elementi distintivi da quelli conclusi tra privati (ad esempio: contratto di locazione, compravendita, comodato, ecc.);

b) contratti cd. *speciali di diritto privato*, la cui caratteristica è quella di essere regolamentati da norme speciali di diritto privato (tali erano, ad esempio, i contratti di trasporto ferroviario).

c) *contratti ad oggetto pubblico* (anche detti contratti di diritto pubblico), i quali tanto più si differenziano dai modelli ordinari, in quanto è possibile individuare ancora, all'interno, una commistione tra provvedimento amministrativo e contratto (è il caso, ad esempio, di relazione con materie di carattere pubblicistico, quali le "convenzioni che si accompagnano alla concessione di un bene pubblico").

Con i contratti ad oggetto pubblico, la Pubblica Amministrazione non perde ancora totalmente la propria posizione di supremazia, anche se - alla luce della novella inserita nella L. n. 241/90 - essa dovrà comunque rispettare il principio di consensualità nel rapportarsi con il soggetto privato.

<sup>3</sup> Anche in ambito comunitario si è assistito ad un progressivo ampliamento delle norme sull'evidenza pubblica: la Comunità Europea ha infatti posto l'accento soprattutto sulla tutela e la valorizzazione della concorrenza, intese come principi strumentali rispetto ai diritti di libertà.

<sup>4</sup> Cfr., D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. e, da ultimo, l'art. 3, comma 573, Legge 24 dicembre 2007, n. 244 - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge finanziaria 2008), secondo cui "*Per raggiungere gli obiettivi di contenimento e di razionalizzazione della spesa pubblica, fermo restando quanto previsto dagli articoli 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e 58 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, e dall'articolo 1, comma 449, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, i soggetti aggiudicatori di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, possono ricorrere per l'acquisto di beni e servizi alle convenzioni stipulate da Consip Spa ai sensi dell'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, nel rispetto dei principi di tutela della concorrenza*".

concessionari di pubblici servizi, oltre che alle società risultanti dal processo di privatizzazione, proprio in ragione del carattere pubblicistico degli interessi tutelati.

Dal complesso normativo che ne disciplina l'attuazione, è possibile individuare quattro distinte fasi, interne alla sequenza procedimentale<sup>5</sup>, così come di seguito evidenziate:

- fase della deliberazione a contrarre;
- fase della conclusione (o aggiudicazione);
- fase di approvazione;
- fase della esecuzione contrattuale.

La *deliberazione a contrarre* ha avuto una specifica regolamentazione con la normativa di riforma delle autonomie locali che ne ha definito i contenuti e gli effetti. L'art. 192 del D.Lgs. n. 267/2000<sup>6</sup> (che ha recepito le disposizioni contenute nell'abrogato art. 56, L. n. 142/90) stabilisce che la stipula dei contratti pubblici debba essere necessariamente preceduta da:

- il fine che con il contratto si intende perseguire;
- l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali;
- le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle Pubbliche Amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base.

La delibera a contrarre non riveste alcuna efficacia negoziale, direttamente utile a determinare la volontà delle parti, ritenendosi un semplice atto preparatorio con efficacia interna, dotato di rilevanza unicamente ai fini del procedimento formativo della volontà negoziale della parte pubblica<sup>7</sup>.

Per il suo carattere meramente autorizzatorio, essa non costituisce nemmeno una proposta nei confronti del contraente potendo, al più, disporre i propri effetti sotto il profilo della responsabilità precontrattuale<sup>8</sup>.

Pur non esprimendo la volontà esterna dell'Amministrazione interessata, essa costituisce tuttavia espressione determinativa formale dei contenuti negoziali che il contratto dovrà rispettare<sup>9</sup>, ed è pertanto necessaria, qualunque sia la determinazione dell'Amministrazione in ordine alla scelta del proprio contraente privato<sup>10</sup>.

Di sovente tale atto è preceduto da una fase ulteriore e preventiva (cd. fase di "programmazione"), nella quale la Pubblica Amministrazione fissa *ex ante* i

---

<sup>5</sup> Il procedimento è preliminarmente caratterizzato dalla presenza di:

- un insieme di atti amministrativi, mediante i quali l'Amministrazione rende noto le ragioni di pubblico interesse che giustificano l'*iter* seguito per la formazione della propria volontà;
- una serie di controlli, atti a garantirne il risultato.

<sup>6</sup> Testo Unico di riordino degli Enti Locali.

<sup>7</sup> Cfr., Cass. n. 8866/95 e Cass. n. 11601/04.

<sup>8</sup> Cfr., Cass. n. 10956/98. In dottrina e giurisprudenza, si ritiene, però, che la delibera possa unilateralmente anticipare gli effetti del contratto da stipulare, nel caso in cui contenga la manifesta volontà comune di regolare, con l'atto, i servizi forniti in attesa della gara.

<sup>9</sup> E' pertanto necessario anche in caso di trattativa privata (cfr., C.d.S. Sez. V, n. 4768/01).

<sup>10</sup> Cfr., T.A.R. Lombardia, Sez. III, n. 994/03.

propri obiettivi programmatici e di approvvigionamento, unitamente alle loro modalità di realizzazione, al fine di poter rispettare - in un predeterminato arco temporale - i citati criteri di economicità ed efficienza.

Successiva alla fase di deliberazione a contrarre è quella della *conclusione ed aggiudicazione dell'appalto*, mediante la quale l'Amministrazione seleziona formalmente, attraverso una determinata procedura di gara, il miglior contraente in grado di offrire il risultato tecnico/economico più qualificato, a parità di condizioni di partecipazione.

Con l'entrata in vigore del Codice dei Contratti,<sup>11</sup> si è abbandonata la tradizionale classificazione delle procedure di gara, risalente alle norme di contabilità di Stato (*pubblico incanto, licitazione privata, appalto concorso e trattativa privata*), per allinearsi alla classificazione fornita dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria.

Per l'individuazione degli operatori economici che possono presentare offerte per l'affidamento di un contratto pubblico, le stazioni appaltanti<sup>12</sup> utilizzano oggi le *procedure aperte, ristrette, negoziate*<sup>13</sup>, ovvero il *dialogo competitivo*:

- le *procedure aperte* sono le procedure in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta;
- le *procedure ristrette* sono le procedure alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare ed in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti;
- le *procedure negoziate* sono le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto<sup>14</sup>;
- il *dialogo competitivo* è una procedura nella quale la stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi, avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte; a tale procedura qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare.

Normalmente l'Amministrazione aggiudica mediante le procedure aperte o ristrette, anche se, a determinate condizioni, specificamente previste, le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante il dialogo competitivo.

#### - *La procedura aperta*

---

<sup>11</sup> Cfr., D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i..

<sup>12</sup> Con il termine *stazione appaltante* si intendono le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti di cui all'articolo 32 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i..

<sup>13</sup> Nei casi ed alle condizioni previste dal Codice dei Contratti, le stazioni appaltanti possono affidare i contratti pubblici mediante una procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara.

<sup>14</sup> Il cottimo fiduciario costituisce procedura negoziata.

La procedura aperta consiste, come anticipato, in una determinata procedura nella quale ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta, nel rispetto delle disposizioni contenute nella *lex specialis* di gara.

L'art. 55, comma 5, del Codice degli Appalti stabilisce infatti che “*nelle procedure aperte gli operatori economici presentano le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara*”. A tutti gli operatori economici, provvisti dei requisiti stabiliti dal bando di gara, è concesso di partecipare alla gara.

Le fasi del procedimento sono:

- la redazione e la pubblicazione del bando;
- la successiva ammissione dei concorrenti;
- l'esame delle offerte tecnico-economiche;
- l'aggiudicazione;
- la stipulazione del contratto con l'impresa risultata prima nella procedura di gara.

Il bando può prevedere che non si procederà ad aggiudicazione nel caso di una sola offerta valida, ovvero nel caso di due sole offerte valide, che non verranno aperte. Quando il bando non contiene tale previsione, resta comunque ferma la disciplina di cui all'articolo 81 comma 3, D.Lgs. n. 163/06, secondo cui “*le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto*”.

Nelle procedure aperte, gli operatori economici presentano le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando e dal disciplinare di gara.

#### - *La procedura ristretta*

Nel sistema giuridico previgente al Codice dei Contratti, la procedura ristretta assumeva il “*nomen iuris*” di licitazione privata<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Nel sistema previgente, se era pacifico che la licitazione costituisse una gara ristretta, era discusso il significato dell'aggettivazione “privata”, da alcuni riferito alla segretezza delle offerte e da altri al metodo di scelta (BENTIVENGA, “*Elementi di contabilità di Stato*”, Milano, 1955; ZANOBINI, “*Corso di diritto amministrativo*”, Milano, 1958; DI RENZO, “*Manuale di contabilità pubblica*”, Napoli 1978). La qualificazione “privata” tendeva, all'origine, a mettere in evidenza la limitatezza della gara, nel senso che, non essendo richiesto un avviso pubblico, alla procedura potevano partecipare solamente le imprese singolarmente invitate e nel numero predeterminato dall'Amministrazione. La competizione si svolgeva perciò solo tra un numero ristretto di imprese invitate a *licitare*, cioè (secondo l'origine latina del termine) a fare un'offerta per vincere l'asta; gara privata, quindi, tra invitati, in contrapposizione a gara pubblica preceduta da un avviso rivolto a chiunque. Questo spiega perché la procedura era considerata derogatoria ed era giustificata solamente in presenza di ragioni particolari (cfr. art. 39 R.C.S.), la cui omessa indicazione consentiva alle imprese controinteressate non invitate di far valere il loro interesse legittimo sostanziale, impugnando le modalità di scelta (cfr., C.d.S., Sez. V, n. 49/84; C.d.S., Sez. V, n. 394/87).

Il ricorso al sistema della procedura ristretta è previsto per l'individuazione degli operatori economici che possono presentare offerte per l'affidamento di un contratto pubblico; le stazioni appaltanti utilizzano di preferenza le procedure ristrette quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione, o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In questo caso, gli operatori economici presentano le richieste di invito nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara e, successivamente, le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati nella lettera invito.

Alle procedure ristrette per l'affidamento di lavori pubblici, sono invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando, salvo quanto previsto dall'art. 62 e dall'art. 177, D.Lgs. n. 163/06.

L'iter procedimentale segue le fasi di seguito descritte:

- a) pubblicazione, da parte della stazione appaltante del bando di gara, nel quale sono indicate le caratteristiche degli operatori economici/imprese partecipanti;
- b) presentazione, entro il termine perentorio e le modalità stabilite dal bando di gara, delle richieste ad essere invitati, formulate da parte degli operatori economici/imprese partecipanti; in tali documenti sono indicati i requisiti posseduti ai fini della partecipazione<sup>16</sup>;
- c) preselezione, operata dalla stazione appaltante<sup>17</sup>. A mezzo della preselezione, la Pubblica Amministrazione deve svolgere una vera e propria attività istruttoria sulle imprese concorrenti, sia per quanto riguarda la loro qualificazione, sia per le loro caratteristiche tecniche; ogni decisione in merito, deve ricevere un'adeguata motivazione;
- d) diramazione degli inviti da parte della stazione appaltante; tale attività è rivolta unicamente ai candidati selezionati e costituisce un atto amministrativo con funzione partecipativa dell'avvenuta ammissione o qualificazione, oltre che di inizio della procedura di gara, con impulso per gli interessati a formulare la propria offerta concorrenziale.

- *La procedura negoziata*

---

<sup>16</sup> Il mancato invio della richiesta di partecipazione, ai sensi dell'art. 62 comma 5 del Codice degli Appalti, preclude definitivamente all'operatore economico la possibilità di partecipazione al bando<sup>16</sup>: scelta questa, operata dal legislatore in virtù della preservazione del principio di concorrenza e della *par condicio*.

<sup>17</sup> Cfr., T.A.R. Lazio, Sez. III, n. 84/93; TAR Lazio, Sez. III-ter n. 1607/04. In passato la giurisprudenza amministrativa ha considerato la preselezione come la proceduralizzazione di quell'insieme di operazioni che ogni Pubblica Amministrazione poneva in essere, quando si trovava a procedere alla scelta delle ditte da invitare alla licitazione privata (ora procedura ristretta).

Il ricorso ad una procedura negoziata è previsto sia *con la pubblicazione* del bando di gara, sia *senza tale pubblicazione*.

Lo strumento della *pubblicazione del bando* circoscrive il rispetto di criteri oggettivi, previsti dalla legge, che escludono *ab origine* la possibilità di discriminazione tra imprese partecipanti e di violazione della libera concorrenza tra le medesime (cfr. artt. 56 e 62, Codice dei Contratti).

Le stazioni appaltanti negoziano con gli offerenti le offerte presentate per adeguarle a quelle che sono le esigenze previamente determinate dal bando di gara, dal capitolato di oneri e dagli eventuali documenti complementari, al fine di individuare la migliore offerta presentata<sup>18</sup>.

Nel corso della negoziazione, le stazioni appaltanti garantiscono comunque la piena parità di trattamento tra tutti gli offerenti, e non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano svantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri.

L'articolo 56 del Codice dei Contratti, recepisce fedelmente quanto contenuto nell'art. 30 della Direttiva n. 18/2004; tale norma stabilisce infatti che le stazioni appaltanti possano aggiudicare i contratti pubblici mediante *procedura negoziata*, previa pubblicazione di un bando di gara, nelle seguenti ipotesi:

1) quando, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate sono irregolari ovvero inammissibili in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte (in tale caso può omettersi la pubblicazione del bando se sono invitati a partecipare tutte le imprese che, pur in possesso dei requisiti di cui agli artt. 38 e segg., hanno presentato offerte irregolari);

2) in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori, servizi, forniture, la cui particolare natura o i cui imprevisti, oggettivamente non imputabili alla stazione appaltante, non consentano la fissazione preliminare e globale dei prezzi;

3) limitatamente ai servizi ed alle prestazioni di natura intellettuale, quali la progettazione di opere, se la natura della prestazione da fornire renda impossibile stabilire le specifiche del contratto con la precisione sufficiente per poter aggiudicare l'appalto selezionando l'offerta migliore secondo le norme della procedura aperta o della procedura ristretta;

4) nel caso di appalti pubblici di lavori, per lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto, e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e sviluppo.

I candidati sono invitati simultaneamente a negoziare e nel corso della negoziazione le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento tra tutti gli offerenti.

Le stazioni appaltanti possono prevedere che la procedura negoziata si svolga in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare. L'aggiudicazione avviene con il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

---

<sup>18</sup> Per il tramite dei criteri di selezione previsti dagli artt. 82 e 83, D.Lgs. n. 163/06 e s.m.i..

In merito alla procedura negoziata *non preceduta dal bando di gara*, sebbene la direttiva comunitaria non imponesse vincoli procedurali, il Codice - tenendo conto dei risultati ermeneutici a cui era pervenuta la giurisprudenza - ha imposto comunque garanzie tali da assicurare la trasparenza e la *par condicio* tra le imprese concorrenti.

Il ricorso a tale procedura è stabilito solo per i casi tassativamente previsti dalla legge, e comunque deve essere adeguatamente motivato (cfr. art. 57 comma 1); la stazione appaltante, ove possibile, dovrà comunque individuare gli operatori economici sulla base di informazioni che riguardino le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria dei medesimi, oltre che quelle di carattere tecnico organizzativo.

L'Amministrazione deve selezionare almeno tre operatori economici, se sussistono, in tale numero, soggetti idonei.

Anche nel caso di procedura negoziata, senza ricorso alla previa pubblicazione del bando di gara, dovrà allora ritenersi pienamente ammissibile il ricorso alla magistratura amministrativa da parte dell'impresa pretermessa per il caso di mancato invito alla procedura concorsuale.

#### - *Il dialogo competitivo*

Nel caso di appalti particolarmente complessi, qualora ritengano che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto, le stazioni appaltanti possono avvalersi del dialogo competitivo conformemente alle disposizioni contenute nel Codice dei Contratti.

Ai fini del ricorso al dialogo competitivo un appalto pubblico è considerato "*particolarmente complesso*," quando la stazione appaltante:

- non è oggettivamente in grado di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi;

- non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto<sup>19</sup>.

Il provvedimento con cui la stazione appaltante decide di ricorrere al dialogo competitivo deve contenere specifica motivazione in merito alla sussistenza dei presupposti previsti dal comma 2 dell'art. 58 del Codice dei Contratti.

Le stazioni appaltanti non possono ricorrere al dialogo competitivo in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.

---

<sup>19</sup> Possono, secondo le circostanze concrete, essere considerati particolarmente complessi gli appalti per i quali la stazione appaltante non dispone, a causa di fattori oggettivi ad essa non imputabili, di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni o all'individuazione dei mezzi strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, alle caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e all'analisi dello stato di fatto e di diritto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, nonché sulle componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche.

## *2. La composizione ed il ruolo delle commissioni giudicatrici alla luce delle recenti interpretazioni giurisprudenziali. Profili di responsabilità*

L'art. 84 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., reca disposizioni in materia di commissioni giudicatrici.<sup>20</sup>

Quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice, nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto.

La commissione è composta da un numero dispari di componenti, con un limite massimo di cinque membri, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto; essa è presieduta, di norma, da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali internamente all'Amministrazione.

I commissari differenti dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta; inoltre, coloro che nel biennio precedente hanno rivestito cariche di pubblico amministratore non possono essere nominati commissari relativamente a contratti affidati dalle Amministrazioni presso le quali hanno prestato servizio.

Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.

Ai commissari di gara si applicano le cause di astensione previste dall'art. 51 del codice di procedura civile.

I commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante<sup>21</sup>; in caso di accertata carenza in organico di adeguate

---

<sup>20</sup> Cfr., inoltre artt. 106 e 107, D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. (in materia di concorsi di progettazione), secondo cui alla commissione giudicatrice si applicano le disposizioni di cui all'articolo 84, nei limiti di compatibilità. Se ai partecipanti a un concorso di progettazione è richiesta una particolare qualifica professionale, almeno un terzo dei membri della commissione deve possedere la stessa qualifica o una qualifica equivalente.

La commissione giudicatrice opera con autonomia di giudizio ed esamina i piani e i progetti presentati dai candidati in forma anonima e unicamente sulla base dei criteri specificati nel bando di concorso. L'anonimato deve essere rispettato sino alla conclusione dei lavori della commissione.

La commissione redige un verbale, sottoscritto da tutti i suoi componenti, che espone le ragioni delle scelte effettuate in ordine ai meriti di ciascun progetto, le osservazioni pertinenti e tutti i chiarimenti necessari al fine di dare conto delle valutazioni finali.

I candidati possono essere invitati, se necessario, a rispondere a quesiti che la commissione giudicatrice ha indicato nel processo verbale allo scopo di chiarire qualsivoglia aspetto dei progetti. E' redatto un verbale completo del dialogo tra i membri della commissione giudicatrice e i candidati.

professionalità<sup>22</sup>, nonché negli altri casi 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, D.Lgs. 163/2006, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie<sup>23</sup>:

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<sup>24</sup> (la previsione di elenchi non risponde solamente ad esigenze di celerità della procedura, ma anche di trasparenza, consentendo alla stazione appaltante di scegliere solo tra quei professionisti che sono stati proposti dagli ordini professionali);

b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di elenchi di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza<sup>25</sup>.

Il ricorso a commissari "esterni" è consentito solamente in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, ovvero negli altri casi previsti dal Regolamento di attuazione al Codice dei Contratti<sup>26</sup>, e dunque come criterio sussidiario, e non già alternativo: logico corollario di tale assunto è la piena legittimità di una composizione mista della commissione, formata da funzionari della stazione appaltante e da soggetti esterni alla medesima.

E' legittima la nomina, quali componenti di una commissione di gara, di funzionari della stazione appaltante la cui qualifica consente di presumerne (in

---

<sup>21</sup> I "funzionari delle Stazioni appaltanti", nell'ambito dei quali, secondo quanto prescritto dall'ottavo comma dell'art. 84, D.Lgs. n. 163/2006, possono essere selezionati i commissari diversi dal presidente, non debbono essere necessariamente funzionari dell'Amministrazione che ha bandito la gara, potendo la stazione appaltante rivolgersi anche a funzionari di altre Amministrazioni (cfr., T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, sent. 4 febbraio 2008 n. 905).

<sup>22</sup> L'art. 84, comma ottavo, D.Lgs. n. 163/2006, laddove pone a presupposto della selezione di un soggetto esterno "l'accertata carenza in organico di adeguate professionalità", deve essere interpretato in termini di carenza in senso relativo, e non già assoluto, vale a dire parametrata alla (complessità della) specifica procedura di gara (cfr., T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, sent. cit.).

<sup>23</sup> Ai sensi dell'art. 84, comma ottavo, D.Lgs. 163/2006 (secondo cui "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 ... sono scelti con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle singole categorie ..."), deve ritenersi che la composizione mista (costituita cioè da commissari interni ed esterni) del collegio non appare preclusa dalla *littera legis*, che utilizza la declinazione al plurale solamente perché, nella sua previsione generale ed astratta, deve ricomprendere anche l'ipotesi in cui tutti i commissari diversi dal presidente debbano essere selezionati all'esterno dell'organico della stazione appaltante, ed anzi appare conforme alla *ratio legis* (cfr., T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, sent. cit.).

<sup>24</sup> L'art. 84, ottavo comma, D.Lgs. n. 163/2006, sub lett. a), richiede che i professionisti nominati componenti delle commissioni di gara siano scelti tra quelli che abbiano almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi, nell'ambito di un elenco formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali. E' pertanto illegittima la nomina quale componente di una commissione di gara di un professionista esterno che non sia stato individuato nell'ambito dell'elenco fornito dal competente ordine professionale (cfr., T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, sent. cit.).

<sup>25</sup> Gli elenchi sono soggetti ad aggiornamento almeno biennale.

<sup>26</sup> Tale provvedimento normativo è di prossima pubblicazione.

assenza di puntuale contestazione) un'adeguata esperienza nel settore oggetto dell'appalto.

Ai sensi dell'art. 84, comma 10, del Codice dei Contratti, la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte<sup>27</sup>.

La recente giurisprudenza amministrativa<sup>28</sup> è concorde nel considerare tale norma a carattere tassativo e ritiene, pertanto, che la stessa non possa ammettere deroghe di sorta; i giudici amministrativi hanno ribadito, nel loro argomentare, che la funzione essenziale della norma è quella di tutelare i valori di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, in materia di espletamento di procedure di evidenza pubblica.

In effetti, si tratta di una norma il cui fine precipuo è quello, da un lato, di garantire l'imparzialità dei commissari, e, dall'altro di evitare che - una volta conosciuti in anticipo rispetto alla presentazione delle offerte, i componenti della commissione giudicatrice - pongano in essere eventuali tentativi di collusione.

Le spese relative alla commissione sono inserite nel quadro economico del progetto tra le somme a disposizione della stazione appaltante.

In caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione.

---

<sup>27</sup> La giurisprudenza amministrativa ha chiarito alcuni aspetti applicativi del citato art. 84, D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., stabilendo che il provvedimento di nomina dei componenti di una commissione giudicatrice di gara può essere impugnato dall'impresa partecipante che si ritenga lesa, solo nel momento in cui - con l'approvazione delle operazioni concorsuali e l'aggiudicazione definitiva - si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato (cfr., in generale, C.d.S., Ad. Plen., n. 1/2003; in particolare C.d.S., Sez. V, n. 5279/2002; C.d.S., Sez. V, n. 1589/1999; T.A.R. Abruzzo n. 924/2003).

Diversa è invece la situazione a fronte di un provvedimento di esclusione da una gara, in quanto l'esclusione si caratterizza come atto endoprocedimentale solo se si ha riguardo alla sua collocazione nella sequela delle operazioni concorsuali, ma, in realtà, ad essa si collegano effetti costitutivi, sì da risultare immediatamente lesiva nei confronti del soggetto che ne è destinatario (cfr., C.d.S., Sez. V, n. 6530/2003).

<sup>28</sup> Cfr., T.A.R. Piemonte, Sez. II, sent. 16 febbraio 2008 n. 266. Nel caso *de quo*, si era verificato, in particolare, che i componenti della commissione della gara espletata da un ente locale, per l'affidamento triennale del servizio di refezione scolastica presso le scuole dell'infanzia e primaria di primo grado, erano stati nominati circa un mese prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte. I giudici di prime cure hanno pertanto ritenuta illegittima l'aggiudicazione di una gara pubblica, nel caso in cui i componenti della commissione giudicatrice siano stati nominati prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte; in tal caso, infatti, gli atti della procedura di evidenza pubblica devono ritenersi adottati in violazione dell'art. 84, comma 10, D.Lgs. n. 163/2006, secondo il quale *“la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte”*, e la cui funzione è quella di garantire la trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa.

Il menzionato art. 84, nello stabilire i criteri per la composizione delle commissioni di gara, si pone pertanto in rapporto di specialità con le disposizioni di cui all'art. 3, L. n. 241/1990; a fronte di tale disposizione, non si richiede una specifica motivazione e neppure una giustificazione preventiva della scelta dei componenti della commissione giudicatrice, ma viene espressamente imposto che i soggetti selezionati, nella differente veste di presidente e di commissari, posseggano i requisiti prescritti.

L'esame della norma evidenzia il particolare ruolo delle commissioni giudicatrici all'interno di una procedura ad evidenza pubblica, oltre che l'attenzione prestata dal legislatore agli aspetti giuridici e morali che attengono ai comportamenti dei singoli commissari di gara nei confronti delle imprese concorrenti e, più in generale, nei confronti dei terzi interessati.

Come poc'anzi evidenziato, l'incarico di commissario di gara è inizialmente condizionato al rispetto di determinate eccezioni di incompatibilità e di astensione, quali:

- i commissari (ad esclusione del Presidente) non devono avere svolto né possono svolgere alcuna altra funzione/incarico tecnico o amministrativo relativamente all'appalto del cui affidamento si tratta;
- coloro che nel biennio precedente sono stati pubblici amministratori non possono essere commissari relativamente a contratti affidati dalle amministrazioni presso cui hanno prestato servizio;
- i commissari non possono essere nominati se hanno concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi;
- da ultimo, i membri delle commissioni giudicatrici sono soggetti alle cause di astensione previste per le attività dei giudici (art. 51 del codice di procedura civile)<sup>29</sup>.

Nel corso dell'effettuazione del loro incarico professionale, le commissioni di gara sono inoltre obbligate al rispetto di tutti quei comportamenti atti a garantire la correttezza e la trasparenza dell'azione amministrativa, nonché la lealtà e l'equità delle procedure e delle informazioni, nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 della Carta Costituzionale.

Più in particolare, tutti coloro che sono nominati commissari di gara, ai sensi del citato art. 84, D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., devono operare con imparzialità ed assumere decisioni con rigore, riservatezza, nel rispetto della normativa vigente.

Tali soggetti devono svolgere i propri compiti in una posizione di indipendenza, imparzialità ed autonomia, evitando trattamenti di favore o di fruire di situazioni di privilegio, respingendo pressioni indebite.

---

<sup>29</sup> Quindi, sostanzialmente, ciascun commissario ha l'obbligo di astenersi dal partecipare ai lavori della commissione in presenza di interessi propri, del coniuge, dei parenti entro il quarto grado e/o di soggetti conviventi nonché di persone comunque collegate (persone legate da vincoli di amicizia, etc.).

Essi devono altresì astenersi dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività in presenza di interessi propri o di persone comunque collegate (amici, conoscenti, ecc.).

I membri delle commissioni di gara, attesa l'importanza e la delicatezza della funzione espletata, devono mantenere la massima riservatezza ed evitare di fornire qualsivoglia informazione, acquisita in ragione dell'attività svolta, quali le notizie sui lavori della commissione, sulle imprese partecipanti alla gara, sulle offerte presentate, sulla graduatoria provvisoria dei partecipanti alla gara, fatta eccezione per le informazioni divulgate nel corso delle sedute qualificate come pubbliche e di quelle trasmesse in base a procedure codificate.

I membri delle commissioni di gara sono inoltre tenuti a non partecipare ad incontri informali con soggetti interessati ad avere le suddette informazioni.

Ulteriori due aspetti meritevoli di approfondimento in questa sede, attengono al rispetto dei principi in materia di *accesso alle informazioni di gara* e di *conflitto di interessi*.

Come regola generale, l'*accesso* alle informazioni ed ai documenti relativi alle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, sono regolati dalla legge, dalle procedure oltre che dai regolamenti interni, adottati dalle singole Amministrazioni, titolate a disciplinarne le relative modalità.

Pertanto - in assenza della specifica autorizzazione fornita dagli organi preposti, successiva alla richiesta di accesso agli atti di gara<sup>30</sup> - le informazioni e la documentazione trattata dai commissari nell'esecuzione delle proprie prestazioni, devono considerarsi strettamente riservate, non potendo in alcun modo essere diffuse, né tanto meno utilizzate per trarre vantaggi personali, finanziari e non, diretti o indiretti.

Con il termine *conflitto di interessi*, si è soliti invece intendere il divieto di porre in essere azioni e comportamenti potenzialmente in conflitto od in concorrenza con l'attività istituzionale per la quale un determinato soggetto ha ricevuto espressa nomina;<sup>31</sup> tale conflitto deve essere comunque in grado di viziare il dovere di imparzialità dei commissari di gara nei confronti della Pubblica Amministrazione per la quale essi stanno operando.

In particolare, a mero titolo esemplificativo, è possibile che per i membri di una commissione di gara nasca un conflitto di interessi quando:

- a) si riscontrano interessi, ivi compresi quelli economici e finanziari, diretti o indiretti, che possono influenzare l'attività per la quale si è stati nominati;
- b) si può ottenere potenzialmente un vantaggio personale (finanziario e non), tramite l'accesso e l'utilizzo improprio di informazioni;
- c) si prestano attività presso o in favore di imprese concorrenti;
- d) si sfrutta la posizione o il ruolo istituzionale, in modo da ottenere un vantaggio personale, di qualsiasi natura, in conflitto con gli interessi dell'Amministrazione.

---

<sup>30</sup> Cfr., sul punto, art. 25, L. n. 241/90 e s.m.i..

<sup>31</sup> O con le finalità e gli interessi che la stessa Amministrazione persegue.

La accertata violazione da parte dei commissari di gara agli obblighi riportati in precedenza, dà luogo a responsabilità amministrativa a carico dei medesimi, oltre che - in presenza di ipotesi di reato espressamente tipizzate - a responsabilità penale, *ex art. 27, comma 1, della Carta Costituzionale*.

Con specifico riferimento alla disciplina penalistica, occorre segnalare, in questa sede, una determinata fattispecie di reato che attiene in modo particolare ai codici comportamentali seguiti dai soggetti interessati dall'evidenza pubblica: il reato di turbata libertà degli incanti, di cui all'art. 353 del codice penale<sup>32</sup>.

Tale reato mira infatti a tutelare il libero e normale svolgimento dei pubblici incanti nonché delle licitazioni private per conto di Pubbliche Amministrazioni, od anche di privati, qualora dirette da pubblici ufficiali o da persone legalmente autorizzate<sup>33</sup>.

L'ambito applicativo si estende, di conseguenza, anche alle gare che si svolgono in forme diverse da quelle prescritte dalla legislazione in materia di pubblici incanti o di licitazioni private e la nozione di persona preposta non è limitata a colui che presiede o dirige la gara, ma comprende tutti coloro che svolgono funzioni essenziali nel procedimento amministrativo relativo, rilevante essendo al riguardo solo il fatto che il comportamento posto in essere provochi la lesione del principio della libera concorrenza, che la norma intende tutelare a garanzia degli interessi della Pubblica Amministrazione.<sup>34</sup>

### *3. I principi ispiratori di un Codice Deontologico per le Pubbliche Amministrazioni: analisi dei presupposti dei contenuti e delle finalità.*

Per il perseguimento delle finalità di interesse pubblico descritte in precedenza, le Pubbliche Amministrazioni sono tenute a dare particolare evidenza al rispetto di determinate norme comportamentali che derivano da generali principi deontologici, nonché da specifiche disposizioni giuridiche anche in materia di efficienza, efficacia, trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa.

E' evidente, infatti, che quei comportamenti che sono generalmente applicati nell'ambito di attività commerciali di diritto privato, non lo sono in presenza di specifiche competenze della Pubblica Amministrazione - quali, come nel caso

---

<sup>32</sup> L'art. 353 del codice penale reca di disposizioni in materia di "turbata libertà degli incanti": "Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di Pubbliche Amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032.

Se il colpevole è persona preposta dalla legge o dall'Autorità agli incanti o alle licitazioni suddette, la reclusione è da uno a cinque anni e la multa da euro 516 a euro 2.065.

Le pene stabilite in questo articolo si applicano anche nel caso di licitazioni private per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata; ma sono ridotte alla metà".

<sup>33</sup> Cfr., Cass. Penale, Sez. VI, sent. n. 11483/97.

<sup>34</sup> Cfr., Cass. Penale, Sez. VI, sent. n. 7955/95.

oggetto di trattazione, le procedure ad evidenza pubblica - che riguardano ed interessano in modo particolare la deontologia e la moralità di singoli componenti interessati.

L'emanazione di un Codice Deontologico rappresenta, per una Pubblica Amministrazione, la codificazione di quel complesso di generali doveri etici - costituenti specificazioni esemplificative degli obblighi di diligenza, lealtà e imparzialità, che qualificano il corretto adempimento della prestazione lavorativa dei suoi destinatari - cui i medesimi devono attenersi nell'ambito della attività istituzionale oggetto del loro incarico.

Il Codice Deontologico non può avere la caratteristica di definire analiticamente ogni specifico comportamento che deve essere adottato dagli interessati a fronte di tutte quelle situazioni rappresentanti le cd. "aree di rischio", ma ha, viceversa, la finalità di fornire un generale indirizzo di carattere etico-comportamentale ai propri dipendenti, cui conformarsi nella esecuzione delle loro attività professionali; esso ha inoltre lo scopo di contribuire a prevenire la realizzazione degli illeciti amministrativi dipendenti dai reati previsti dal D.Lgs. n. 231/2001.

In piena ottemperanza dei principi contenuti nel "Codice di Comportamento dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni"<sup>35</sup>, tutti i dipendenti pubblici ed ancora di più - nel caso specifico - i singoli componenti delle commissioni di gara, sono obbligati a conformare le proprie condotte al dovere costituzionale di servire esclusivamente lo Stato Italiano nel rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione.

Nell'espletamento dei propri compiti, essi devono pertanto assicurare il rispetto della legge, perseguendo esclusivamente l'interesse pubblico ed ispirando le proprie decisioni ed i propri comportamenti alla cura dell'interesse pubblico che gli è affidato. I componenti delle commissioni di gara, di cui al citato art. 84, dovranno così mantenere una posizione privilegiata di indipendenza, al fine di evitare di assumere decisioni o di svolgere attività inerenti alle proprie mansioni, in situazioni (anche se solo apparenti) di conflitto di interessi.

Essi non dovranno svolgere alcuna attività che contrasti con il corretto adempimento dei compiti d'ufficio, impegnandosi - al contrario - ad evitare situazioni e comportamenti che possano nuocere (anche solo potenzialmente) agli interessi od all'immagine della Pubblica Amministrazione.

Con specifico riferimento all'espletamento di procedure di gara ad evidenza pubblica, le Amministrazioni sono pertanto tenute al rispetto di significative regole comportamentali, nonché da specifiche disposizioni giuridiche, che

---

<sup>35</sup> Cfr., "Codice di Comportamento dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni", emanato dal Ministro per la Funzione Pubblica con D.M. 28.11.2000; Circolare Ministro del Ministro per la Funzione Pubblica n. 2198 del 12 luglio 2001, inerente le norme sul comportamento dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni; Direttiva del Ministero per le riforme e le innovazioni nella Pubblica Amministrazione n. 8 del 6 dicembre 2007, (in *G.U.* n. 41 del 18 febbraio 2008) in materia di "Principi di valutazione dei comportamenti nelle pubbliche amministrazioni - responsabilità disciplinare".

afferiscono alle tematiche della efficienza, efficacia, trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa.

Le disposizioni di un Codice Deontologico, qualora emanato da una singola Amministrazione interessata<sup>36</sup>, dovranno pertanto necessariamente tenere conto di tutti coloro che agiscono nel procedimento dell'evidenza pubblica, operando o collaborando a qualsiasi titolo con la stazione appaltante<sup>37</sup> e trovandosi pertanto a dover affrontare una serie di fattispecie che richiedono l'adozione di comportamenti "eticamente" rilevanti.

In presenza di una procedura di gara, i principi contenuti in un Codice Deontologico dovranno pertanto essere indistintamente rivolti a:

- a) tutti i dipendenti dell'Amministrazione pubblica, a prescindere dal loro ruolo e dalla funzione esercitata;
- b) i componenti dei diversi organi apicali di governo dell'Amministrazione medesima;
- c) i membri delle commissioni giudicatrici e, comunque, i professionisti chiamati a svolgere in favore delle stesse la loro attività;
- d) le imprese partecipanti alla gara e, successivamente alla aggiudicazione, alle controparti contrattuali della stessa;
- e) tutti i prestatori d'opera che, a qualsiasi titolo, collaborano con l'Amministrazione nell'espletamento della procedura ad evidenza pubblica.

Conclusivamente, anche in mancanza di specifiche disposizioni normative, è dunque rigorosamente necessario che, nel loro agire, tutti coloro che si interessano di procedure ad evidenza pubblica, si ispirino ai più elevati standard comportamentali, nel rilievo che la deontologia professionale impone sempre regole da osservare in ogni situazione, fondate non solo sulla buona fede, ma anche sulla trasparenza, imparzialità e soprattutto onestà e lealtà del pensiero di chi agisce.

---

<sup>36</sup> Le quali andranno pertanto collocarsi in un rapporto di specialità con le disposizioni contenute nel citato "*Codice di Comportamento dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni*".

<sup>37</sup> Quali, ad esempio, i dipendenti dell'Amministrazione, i membri della commissione giudicatrice, i consulenti, le imprese partecipanti, ed i terzi in generale.