

Albo commissari di gara: obbligatorio dal 15 gennaio. Ma, ma, ma, ma io non lo sapevo...

Anno nuovo commissioni giudicatrici nuove: com'è noto (pare che), come indicato dal Comunicato del Presidente del 18 luglio 2018 ¹, *“ai fini dell'estrazione degli esperti, l'Albo è operativo, per le procedure di affidamento per le quali i bandi o gli avvisi prevedano termini di scadenza della presentazione delle offerte a partire dal 15 gennaio 2019. Da tale data, è superato il periodo transitorio di cui all'articolo 216, comma 12, primo periodo, del Codice dei contratti pubblici”*.

Pare, qui si dice aprendo parentesi, poiché si nutrono seri dubbi in relazione all'effettività ed alla coerenza di una siffatta “disposizione”, a causa dell'oggettiva inidoneità allo scopo dello strumento adoperato per renderla.

Si deve premettere che l'ordinamento non definisce una precisa scansione temporale in relazione all'entrata in vigore dell'albo: non la fonte primaria, costituita dagli artt. 77, 78, e 216 ² del Codice; non la fonte (para)secondaria, costituita dalle linee guida Anac n. 5, come da ultime rettifiche dalla deliberazione dell'Authority n. 4 del 10 gennaio 2018.

Dunque rimane solo il famigerato Comunicato del Presidente ³...

Orbene, sulla natura dei Comunicati la giurisprudenza ⁴ non ha dubbi: la loro **non vincolatività** è incontestata, e sono al più riconducibili al novero di quegli atti atipici, privi di efficacia vincolante per la stazione appaltante e gli operatori economici.

Come evidenziato dal Consiglio di Stato ⁵, diversamente dalle Linee guida, per la cui formazione è previsto un percorso procedimentalizzato e partecipato, trattandosi di atti amministrativi a carattere generale soggetti al sindacato giurisdizionale del g.a., i comunicati dell'ANAC e del suo Presidente sono da reputarsi **atti unilaterali atipici** di mera manifestazione di giudizio.

Dunque - non potendo soprassedere sul fatto che, al di là del *nomen iuris*, le Linee guida e gli atti ANAC hanno sovente una spiccata **“valenza normativa”** in quanto pacificamente integrativi del precetto primario - giova sottolineare che tutti gli atti che detta **“valenza normativa”** possiedono devono essere soggetti alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Ed allora, perlomeno per doverosa analogia con l'art. 7 del DPR 28 dicembre 1985, n. 1092, anche per le Linee guida deve essere prevista detta garantistica forma di pubblicità.

Si registra tuttavia la diversa e più autorevole opinione del Consiglio di Stato ⁶, che ha ritenuto la pubblicazione in Gazzetta (solamente) **“altamente opportuna”**, in ragione della qualificazione delle Linee guida da esso operato come meri “atti di regolazione” di Autorità Amministrativa Indipendente.

Qui tuttavia si dubita fortemente delle fondamenta giuridiche di detta tesi, come nel prosieguo si cercherà con maggior vigore di dimostrare, in armonia con il pensiero di Carlo Deodato ⁷ - per inciso Consigliere di Stato.

Il rifiuto dell'opposta argomentazione, che ravvisava la presenza di una fonte secondaria *extra ordinem*, è mosso da “doverose” (ma insoddisfacenti) **perimetrazioni adeguate**, ai fini del mantenimento in un alveo

¹ <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/ Atto?ca=7265>

² Il quale rinvia dinamicamente *“alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78”*.

³ Invero copia/incolla dell'innominata Delibera numero 648 del 18/07/2018.

⁴ Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II, 4 agosto 2017 n. 9195; Tar Umbria, Perugia, sez. I, ord. 31 maggio 2017, n. 428; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 25 febbraio 2018, n. 218).

⁵ Cons. St. parere comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855.

⁶ Ibidem.

⁷ “Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?”, In giustizia-amministrativa.it, 2016.

legittimità costituzionale della fonte primaria. Ma detta “**forzatura ermeneutica**” si scontra con il sempre più oggettivo fatto che di pure fonti secondarie si tratti, poiché le Linee guida hanno inequivocabilmente quei caratteri di generalità e astrattezza che caratterizzano la produzione normativa di tipo regolamentare, e si posizionano dunque agli antipodi rispetto ai tipici contenuti degli atti di regolazione delle Autorità Amministrative Indipendenti.

Del resto, e pare ragionamento elementare, la traduzione in nuova regolamentazione di quanto era transitoriamente disciplinato dal precetto primario, con la sua conseguente efficacia “**innovativa**” e “**sostitutiva**”, non può che significare una e una sola cosa: l’atto ha pura natura regolamentare e costituisce di fatto **jus superveniens**.

L’effetto conoscitivo opponibile *erga omnes*, allora, deve dunque necessariamente poggiare su di una specifica disciplina di legge – sicché un mero Comunicato del Presidente (ma anche di una deliberazione collegiale dell’*Authority*) pubblicato sul portale dell’ANAC, in mancanza di una disposizione normativa che attribuisca valore ufficiale a tale forma di ostensione, non può fondare alcuna **presunzione legale di conoscenza** in una così delicata materia ⁸.

“La pubblicità degli atti del potere”, diceva Bobbio ⁹, “rappresenta il vero e proprio momento di svolta nella trasformazione dello stato moderno da stato assoluto a stato di diritto”.

Non può ammettersi nel vigente quadro costituzionale un generale e vincolante potere direttivo (ed a fortiori normativo) con effetto *erga omnes* affidato ad organo di Autorità Amministrativa Indipendente, i cui comunicati - per quanto autorevoli - possono senz’altro legittimamente **essere ignorati** ¹⁰.

L’oggettiva impossibilità di conoscenza del precetto nella quale venga a trovarsi “chiunque” (non soltanto il singolo soggetto, particolarmente considerato), non può dunque gravare sui poveri RUP ¹¹, in assenza delle forme di pubblicità legale immanenti nel nostro ordinamento democratico, ai quali non può essere imposto un dovere di consultazione quotidiana del “**biblico**” portale ANAC.

Per quanto ci riguarda nessun “vizio di legittimità”, in nessuna delle forme e figure sintomatiche note, è configurabile dalla nomina di commissari estranei all’albo, in quanto nessun atto avente natura (para)normativa con effetto vincolante sarebbe violato.

E, più radicalmente, sul tema il Comunicato è semplicemente **tanquam non esset**, essendo a nostro avviso ancora **pienamente vigente** il periodo transitorio di cui all’art. 216, c. 12 del Codice.

A fortiori, scavando a monte e con maggiore incisività, laddove si consideri che vi è un incontestabile dato di fatto, sfuggito ai più, rinvenibile nella Legge delega ¹², idoneo ad accrescere i dubbi di legittimità costituzionale dell’impianto normativo come oggi delineato: il legislatore **non ha** inteso attribuire all’ANAC un potere pari a quello di cui oggi è (il)legittimata a disporre.

L’art. 1, c. 1, lett. t), prevede infatti l’attribuzione all’ANAC di “**funzioni di promozione dell’efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici**”, specificando poi gli strumenti per il raggiungimento di dette finalità.

Riassumendo: promozione, sostegno, facilitazione e vigilanza. **Punto!**

⁸ In termini cfr. Cons. St., sez. III, 28 settembre 2018, n. 5570.

⁹ La democrazia e il potere invisibile, in Rivista italiana di scienza politica, 1980, 182.

¹⁰ Tar Umbria, Perugia, sez. I, ord. 31 maggio 2017.

¹¹ In termini Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364.

¹² Legge 28 gennaio 2016, n. 11.

Il comma 5, invece, prevede il (mero) potere dell'ANAC di **proporre** l'adozione di "**linee guida** (queste si - n.d.r.) **di carattere generale**", la cui approvazione è tuttavia demandata al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari.

Ancorché resa nell'ambito del solo eventuale cd. "decreto di riordino", detta ultima disposizione cristallizza in istantanea **l'assenza di una volonta legis** di attribuire all'ANAC il potere di adottare qualsivoglia atto di natura generale ed astratta capace di innovare l'ordinamento, ed in quanto tale avente sostanzialmente forza di legge. Chi diversamente opina ha l'arduo onere di individuare la motivazione per la quale il legislatore si riferisca al quinto comma a Linee guida di carattere generale, ove detto carattere (pure nell'accezione di atto generale di regolazione) si voglia attribuire anche alle Linee guida richiamate alla lett. t), in assenza di riferimenti lessicali espliciti.

Gli atti a carattere generale (rectius: regolamentare), come è naturale che sia, sono dunque stati incardinati nell'ambito dei "regolamenti ministeriali", ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e ragionevolmente riservati ai soggetti costituzionalmente competenti alla loro adozione.

Il Legislatore delegato, con solare **eccesso di delega**, ha invece attribuito puri compiti di natura regolamentare all'ANAC¹³, in spregio di quanto previsto dalla citata lett. t), che come già segnalato attribuiva all'*Authority* i consueti compiti di orientamento e "*moral suasion*", in tal guisa compatibili questi con le tipiche funzioni delle Autorità amministrative indipendenti.

Ciò premesso, tornando all'albo commissari, la Legge delega era chiara: prevedeva la **creazione, presso l'ANAC**, dell'albo in parola. **Presso ANAC**, insegna la grammatica, è una mera locuzione prepositiva di luogo. Se presso l'ANAC è istituito il sistema AVCPASS, non significa che l'ANAC è legittimata a stabilire i requisiti di ordine generale da sottoporre a verifica. Di talché la "**creazione**" prevista dalla norma non è certamente da intendersi come assegnata ad ANAC.

La Legge delega prevedeva infatti che l'ANAC dovesse adottare con propria determinazione la disciplina generale "*per la tenuta dell'albo*", comprensiva "*dei criteri per il suo aggiornamento*".

Pare evidente dal tenore letterale della disposizione che i compiti radicati in seno all'ANAC siano di carattere meramente amministrativo: "**tenuta ed aggiornamento**" dell'albo; giammai compiti normativi connessi alla sua **genesi** ed alla sua **strutturazione**, dalla culla alla tomba¹⁴.

E poi, ed è motivo di giustificate risate, le Linee guida sono talmente vincolanti che non vincolano nemmeno l'ANAC stessa: il riferimento è al punto 1.2 delle Linee guida n. 5, ove è espressamente previsto che l'Autorità, **con ulteriori Linee Guida**, disciplina tra l'altro i termini del periodo transitorio da cui scatta l'obbligo del ricorso all'Albo.

Proporzione: le Linee guida stanno ai Regolamenti ministeriali come i Comunicati stanno alle Linee guida?

In assenza di queste Linee guida ulteriori sorgono spontanei **irrisolvibili interrogativi** su come possa essere garantita l'efficacia dell'albo, visto che le stesse, sempre ai sensi del citato punto 1.2, avrebbero dovuto stabilire elementi fondamentali ed imprescindibili per il suo corretto funzionamento, ovvero:

- a)** le procedure informatiche per garantire la casualità della scelta (anticorruzione pilotata?);
- b)** le modalità per garantire la corrispondenza tra la richiesta di professionalità da parte della stazione appaltante e la sezione di riferimento dell'Albo (competenze *alla cazzum*?);

¹³ Si pensi alle Linee guida n. 3 e, giustappunto, alle Linee guida n. 5.

¹⁴ Si pensi all'importanza primaria, e pacificamente regolamentare, della configurazione dei requisiti e delle professionalità richiesti ai commissari.

c) le modalità per garantire la rotazione degli esperti (come si direbbe a Brescia, *semper chei?* Traduzione, sempre gli stessi?);

d) le comunicazioni che devono intercorrere tra l’Autorità, stazioni appaltanti e i commissari di gara per la tenuta e l’aggiornamento dell’Albo (provate oggi a sperimentare sul portale: *mission impossible*).

Se a questo si aggiunge che il D.M. 12 febbraio 2018 che disciplinava le tariffe da riconoscersi ai commissari di gara è ad oggi sospeso ¹⁵ (e se i commissari non accettano le somme a disposizione?) - e che l’ANAC non ha in alcun modo disciplinato né la questione “geografica” (e se viene estratto un candidato di Lampedusa e Linosa per una gara bandita dal Comune di Livigno?), né quali siano le fantomatiche procedure telematiche che possano salvaguardare la riservatezza delle comunicazioni nel caso in cui la commissione lavori a distanza ¹⁶ (commissioni su *facebook*?) - non sono richieste particolari doti di preveggenza per immaginare il *black out* che è destinato a folgorare l’attività amministrativa in materia di contratti pubblici, inesorabilmente destinata alla paralisi.

Per completezza si sottolinea infine che il “vizietto” è stato di nuovo messo in atto con il Comunicato del Presidente del 12 dicembre 2018, avente il seguente oggetto: “Revisione delle Linee guida n. 5”.

Caro dott. Cantone: come può un atto monocratico “revisionare” un atto collegiale? Escludendo il caso in cui questo sia reso dall’esponente di un regime totalitario, s’intende.

Il fatto che ad oggi non ci siano sufficienti iscritti all’albo, e che la scadenza sia ormai ravvicinata, non legittima azioni di “**regolazione creativa**” e ancor meno di “**normazione creativa**”, nelle more dell’*“imminente revisione delle Linee guida”* ¹⁷.

Una proroga al (presunto) termine no? L’eliminazione della tariffa annua d’iscrizione, invero di **dubbia legittimità** in relazione all’art. 23 della Costituzione poiché non prevista dalla legge ¹⁸? Non basta il milionario “**balzello di gara**” arbitrariamente esteso dalle opere pubbliche ai servizi e forniture ¹⁹?

Ci manca solo il Comunicato del Presidente del 31 dicembre 2018: “Abrogazione del Codice dei contratti”.

P.S. Questo Comunicato si autodistruggerà tra cinque, quattro, tre, due, uno, zero secondi...

ANAC: Autorità Nazionale Anarchia Comunicativa

29/12/2018
Elvis Cavalleri

¹⁵ Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, Ord. 2 agosto 2018, n. 4710, udienza per la trattazione di merito fissata al 22 maggio 2019.

¹⁶ Cfr. art. 77, c. 3, del Codice dei contratti.

¹⁷ Così si legge nel comunicato del Presidente del 18 luglio 2018.

¹⁸ Purtroppo la suindicata Ord. 2 agosto 2018, n. 4710 ha sospeso il D.M. 12 febbraio 2018 limitatamente alle tariffe minime dei commissari, e non già anche per l’ingiusta tassa per l’iscrizione all’albo commissari.

¹⁹ Art. 1, commi 65 e 67, legge 23 dicembre 2005, n. 266.

C'è ben poco da aggiungere alle osservazioni critiche dell'amico Elvis, se non che le linee guida n. 5 sulle Commissioni stanno per essere revisionate per l'ennesima volta, con l'ampliamento dell'elenco degli esperti dove, tra le altre, brillano le sottosezioni «Igienista dentale» e «Podologo», figure notoriamente fondamentali nel giudicare le offerte negli appalti pubblici.

Sorge la curiosità di conoscere la risposta alla domanda: la nomina o la composizione di una Commissione giudicatrice, a partire dal 15 gennaio 2019, secondo il modello previgente quindi prescindendo dall'Albo istituito presso ANAC, sotto quale profilo potrebbe essere censurata per illegittimità? Esclusa la violazione di legge, forse per incompetenza o per qualche (quale) strana figura sintomatica dell'eccesso di potere?

B. Bosetti