

# Appalti: incompatibile il commissario che si è occupato della redazione delle regole di selezione delle offerte

Scritto da Interdata Cuzzola | 09/03/2023

Secondo quanto disposto dall'art. 77, comma 4, del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016), *"I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura"*.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha rilevato che *"con riguardo al regime di incompatibilità tra le funzioni svolte nel procedimento e quelle di presidente della Commissione, il fondamento è di stretto diritto positivo, e va rinvenuto nel più volte ricordato art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016. Occorre peraltro rilevare che la norma in questione ha la stessa portata oggettiva dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, in relazione alla quale la giurisprudenza aveva posto in evidenza che rispondeva all'esigenza di una rigida separazione tra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte in essa presentate, a garanzia della neutralità del giudizio ed in coerenza con la ratio generalmente sottesa alle cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi (Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13). Il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell'art. 77, comma 4, è dunque quello per cui chi ha redatto la lex specialis non può essere componente della Commissione, costituendo il principio di separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta (Cons. Stato, V, 27 febbraio 2019, n. 1387)"* (Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 8 novembre 2021, n. 7419).

È stato, altresì, precisato che *"il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 è quello per cui chi ha redatto la lex specialis non può essere componente della Commissione giudicatrice, costituendo il principio della separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta. Sussiste in ogni caso una situazione di incompatibilità sostanziale nel caso in cui il presidente della Commissione è stato il R.U.P., ha partecipato alla elaborazione degli atti di gara e del capitolato speciale, da lui approvato, e ha nominato la Commissione giudicatrice, indicando sé stesso quale presidente"* (TAR Sicilia, Catania, sez. I, sent. 14 ottobre 2019, n. 2377).

Posti questi principi, il TAR Lazio, Roma, sez. III quater, nella sent. 1° marzo 2023, n. 3499, ha

affermato che risulta integrata la fattispecie di incompatibilità posta dall'art. 77, comma 4, del Codice nel caso in cui vengano a concentrarsi, in capo alla medesima persona, sia le attività di preparazione della documentazione di gara, implicanti la definizione delle regole applicabili per la selezione del contraente migliore, sia le attività di valutazione delle offerte, da svolgere in applicazione delle regole procedurali all'uopo predefinite.