

Appalti

Appalti, incompatibilità del commissario di gara solo se ha avuto un «ruolo sostanziale» nel preparare i documenti

di Roberto Mangani

19 Dicembre 2022

Il Consiglio di Stato esclude anche l'incompatibilità per conflitto di interesse nel caso in cui l'incarico svolto presso l'operatore economico sia «molto risalente»

L'incompatibilità ai fini della nomina a componente della commissione giudicatrice del soggetto che ha svolto precedenti funzioni e attività relativamente alla procedura di gara di cui si tratta opera solo se tale soggetto ha avuto un ruolo sostanziale nella predisposizione della relativa documentazione di gara. Tale ruolo deve tradursi in un'attività intellettuale e valutativa che abbia inciso in misura significativa sui contenuti di questa documentazione, e non si riscontra nel caso in cui l'attività si sia concretizzata nella mera approvazione formale di atti e documenti predisposti da altri soggetti. Sotto altro e diverso profilo, non costituisce causa di incompatibilità ai fini della nomina a commissario la circostanza che il soggetto interessato si trovi in una situazione qualificabile in termini di conflitto di interessi per il solo fatto di aver ricoperto in passato incarichi nell'ambito del gruppo di appartenenza di uno dei concorrenti, qualora tali incarichi siano molto risalenti nel tempo. Si è espresso in questo senso il Consiglio di Stato, Sez. III, 24 novembre 2022, [n.10366](#) che torna ancora una volta sul controverso tema del regime di incompatibilità dei componenti le commissioni giudicatrici, che nel tempo ha dato luogo a numerose controversie e anche a significativi contrasti giurisprudenziali. Le une e gli altri dovuti per molti aspetti alla debolezza della *ratio* ispiratrice di tale regime, di cui si fa fatica a comprendere fino in fondo il senso.

Il fatto

Un ente appaltante aveva indetto una procedura aperta, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento della gestione del servizio di ristorazione scolastica. Ai fini della predisposizione della documentazione di gara l'ente aveva conferito un incarico di assistenza al Rup a favore di una società specializzata. Il Rup aveva quindi utilizzato le prestazioni di tale società e aveva condiviso con la stessa e fatto propri gli atti di gara. Ai fini della valutazione delle offerte veniva quindi nominata una commissione giudicatrice. Della stessa era chiamata a far parte la Dirigente del settore di competenza, che peraltro provvedeva in prima persona a detta nomina. Completata la valutazione delle offerte, interveniva il provvedimento di aggiudicazione. Quest'ultimo veniva impugnato davanti al giudice amministrativo da parte del

concorrente terzo classificato in graduatoria, che era peraltro il gestore uscente. I principali motivi di ricorso si incentravano sulla ritenuta illegittima composizione della commissione giudicatrice. Il ricorso veniva respinto dal Tar Lombardia e la relativa sentenza veniva impugnata davanti al Consiglio di Stato.

Incompatibilità e natura sostanziale dell'attività pregressa

Il primo motivo di ricorso riprende un tema noto, che si fonda su una lettura molto rigorosa e di tipo strettamente formale della disposizione contenuta all'articolo 77, comma 4 del D.lgs. 50/2016. Come noto tale norma prevede che «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». Sulla base di una lettura stringente e meramente letterale di tale norma, il ricorrente ha sostenuto che il Dirigente del settore di competenza dell'ente appaltante non avrebbe potuto – contrariamente a quanto avvenuto – svolgere il ruolo di commissario e tanto meno di Presidente della commissione. Ciò in ragione delle attività pregresse svolte dal Dirigente in relazione alla procedura di gara oggetto di contestazione, che si erano così concretizzate: adozione della determina a contrarre con la quale è stata indetta la procedura di gara e sono stati approvati i relativi atti; nomina della commissione di gara, con autonominazione di essa stessa in qualità di Presidente; svolgimento delle funzioni di Presidente, con relativa valutazione in tale qualità delle offerte pervenute; assunzione del provvedimento di aggiudicazione, a valle della proposta formulata dalla commissione di gara. Tale censura era stata respinta dal Tar, sulla base dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui il regime di incompatibilità delineato dall'articolo 77, comma 4 riguarda solo quei soggetti che abbiano materialmente e sostanzialmente predisposto i documenti di gara, o per lo meno una parte significativa degli stessi. Nel caso di specie questa situazione non si sarebbe verificata.

Non vi sarebbe stato cioè alcun apporto sostanziale della Dirigente del settore nell'individuazione dei contenuti degli atti di gara, che sarebbe invece stata materialmente operata dal Rup con l'ausilio del consulente esterno. Di conseguenza nessuna incompatibilità sarebbe ascrivibile alla Dirigente ai fini della sua nomina a commissario di gara. Queste conclusioni del giudice amministrativo sono state contestate dal ricorrente, che ha quindi proposto appello. Secondo il ricorrente, la Dirigente del settore avrebbe quanto meno contribuito alla predisposizione degli atti di gara che, sebbene materialmente redatti da altri, sono stati nei fatti approvati dalla stessa. Sotto altro profilo, vi sarebbe una ulteriore e diversa ragione di incompatibilità derivante dal fatto che la Dirigente avrebbe nominato la commissione di gara, peraltro autonominandosi essa stessa quale Presidente, con ciò svolgendo una funzione amministrativa incompatibile con il ruolo di commissario. Queste censure sono state respinte anche dal Consiglio di Stato, che ha confermato la decisione del giudice di primo grado. Il giudice di appello ha infatti ribadito che affinché sussista l'incompatibilità non è sufficiente

che colui che viene nominato commissario abbia offerto un contributo solo formale (mera approvazione o sottoscrizione di atti) ai fini della predisposizione dei documenti di gara, ma è necessario che vi sia la sostanziale riconducibilità al soggetto dell'attività intellettuale, valutativa e professionale che ha materialmente prodotto gli atti di gara.

Questa condizione non si rinviene nel caso di specie. La Dirigente del settore non ha offerto alcun contributo sostanziale nel senso indicato, posto che la materiale redazione degli atti di gara è stata posta in essere dal consulente esterno in stretto coordinamento con il Rup, quale interlocutore esclusivo. Il ruolo della Dirigente si è quindi limitato alla formale approvazione della documentazione di gara materialmente redatta da altri, senza aver inciso in alcun modo sui contenuti della medesima. Da qui l'insussistenza di qualunque causa di incompatibilità, che sussiste non in relazione a qualunque apporto al procedimento di formazione degli atti di gara, bensì solo se tale apporto si traduce in una concreta ed effettiva capacità di definirne i contenuti. La Dirigente dell'ente appaltante avente competenza sul settore relativo al contratto oggetto di affidamento che in tale veste si è limitata a indire la gara approvando formalmente i relativi atti ma senza aver contribuito in alcun modo a stabilirne i contenuti, adempie unicamente al ruolo che le spetta anche ai fini dell'imputazione della relativa spesa al proprio centro di costo; ma tale attività non può determinare alcuna ragione di incompatibilità rispetto alla nomina a commissario di gara. Secondo la stessa logica, non assume alcun rilievo la circostanza che la Dirigente abbia provveduto alla nomina della Commissione, trattandosi anche in questo caso di un atto formale che nulla ha a che fare con la predisposizione sostanziale degli atti di gara.

Il conflitto di interessi

L'illegittima composizione della commissione di gara è stata sostenuta dall'appellante anche sotto un diverso profilo. Uno dei componenti aveva svolto in passato attività professionale a favore del gruppo imprenditoriale di uno dei concorrenti. Ciò avrebbe determinato una situazione di conflitto di interessi, quanto meno potenziale, tale da compromettere la serietà e imparzialità di giudizio che deve essere propria dei commissari di gara. Anche questa censura è stata respinta sia dal Tar che dal Consiglio di Stato. Entrambi i giudici hanno infatti evidenziato che ai fini della configurabilità del conflitto di interessi è necessario che la situazione da cui lo stesso trae origine deve avere carattere di attualità. Ancora più chiaramente, il conflitto di interessi per essere rilevante deve rispondere ai requisiti dell'attualità, della concretezza e della specificità, in mancanza dei quali non è ravvisabile alcuna possibile alterazione dell'imparzialità del giudizio. Non vi è quindi conflitto di interessi – e non vi è di conseguenza alcuna ragione di incompatibilità o di astensione – in capo al componente della commissione che, come nel caso di specie, abbia svolto attività professionale a favore del gruppo di appartenenza di uno dei concorrenti in epoca molto risalente nel tempo.

Verso il superamento dell'incompatibilità "formale" ?

Come accennato all'inizio, il regime di incompatibilità dei componenti la commissione di gara delineato dall'articolo 77, comma 4 del D.lgs. 50 ha dato luogo e continua a dar luogo a numerosi problemi interpretativi e a significative difficoltà operative. Ad avviso di chi scrive, molti di questi problemi risentono di un vizio di fondo, da identificare nella scarsa intelligibilità della *ratio* della norma. Non si comprende infatti per quale motivo l'aver partecipato in precedenza ad attività istruttorie ai fini della predisposizione della documentazione di gara dovrebbe influenzare negativamente l'attività valutativa propria di componente della commissione, fino al punto da sancirne l'incompatibilità. Quando al contrario, proprio aver svolto tali attività e quindi avere piena conoscenza dei documenti di gara dovrebbe rappresentare un valore aggiunto ai fini della valutazione delle offerte. Come spesso succede, le norme che hanno una *ratio* di difficile decifrazione sono anche quelle che danno luogo ai maggiori problemi applicativi. Appare quindi quanto mai opportuna la scelta operata nella bozza del nuovo Codice dei contratti pubblici che all'articolo 93 supera totalmente il regime di incompatibilità attualmente vigente, definendo le cause di incompatibilità (pregressa carica politica, condanna per determinati reati, conflitto di interessi) secondo parametri che nulla hanno a che fare con lo svolgimento di attività pregresse relativamente alla gara da aggiudicare.

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]

Il Sole
24 ORE