

## Appalti

# Gare, il nuovo codice cancella l'incompatibilità del commissario che si è occupato dell'appalto

di Stefano Usai

23 Maggio 2023

Il Tar Sardegna ha deciso un caso applicando la vecchia disposizione ancora in vigore

Il commissario che abbia compiuto atti endoprocedimentali relativi all'appalto da aggiudicare è incompatibile. In questo senso la conferma del Tar Sardegna, Cagliari, [con la pronuncia n. 305/2023](#).

Situazione che cambierà profondamente con il nuovo codice che non prevede più questa ipotesi.

### La vicenda

La recente sentenza del Tar della Sardegna è meritevole di considerazione perché consente di meglio chiarire una importantissima novità contenuta nel nuovo Codice dei contratti (decreto legislativo 36/2023) in tema di incompatibilità dei commissari nel caso di compimento di atti endoprocedimentali afferenti la procedura. Ad esempio, l'aver scritto la legge di gara, i criteri di aggiudicazione dell'appalto e similari. Nel caso trattato, il ricorrente impugna i vari atti di gara per violazione dell'articolo 77, comma 4 del Codice del 2016 a mente del quale - primo periodo - «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». Nel caso di specie, invece, il Rup (anche dirigente interessato all'appalto) ha svolto plurime funzioni e quindi il ruolo di Rup, presidente della commissario, nonché aggiudicatario. Altra contestazione, inoltre, è che tra i commissari figurava un componente subordinato gerarchicamente al presidente (appunto, come detto, anche Rup dell'intervento). Il giudice, evidentemente, ha ritenuto fondate le censure stante il fatto che la norma citata è «sostanzialmente univoca nel proibire che lo stesso funzionario svolga plurime funzioni in seno alla stessa procedura selettiva, contemplando l'unica eccezione di un (eventualmente possibile) compatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di presidente della Commissione».

Il dirigente/Rup, in pratica, si è trovato in una situazione di incompatibilità per aver sia approvato la legge di gara ed anche aver svolto il ruolo di valutatore delle offerte «sotto il profilo del merito tecnico, indirizzando in modo decisivo la gara, come già si è riferito».

Non c'è dubbio, conclude la sentenza che l'attività di approvazione della legge di gara sia incompatibile «con le funzioni di componente della Commissione di gara». Ciò tanto sotto il profilo formale (violazione dell'articolo 77) che sostanziale «per l'evidente inopportunità che a predisporre i criteri di valutazione tecnico-discrezionale delle offerte sia proprio lo stesso soggetto chiamato, poi,

a effettuare tale valutazione (cfr., in conformità, Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2022, n. 167 e Sez. VI, 8 novembre 2021, n. 7419)».

## **Il nuovo Codice**


L'aspetto di rilievo, come si è anticipato, è che l'incompatibilità dei commissari per aver compiuto atti endoprocedimentali non viene più prevista dall'articolo 93 del nuovo Codice (che dispone in tema di commissione nel sopra soglia comunitaria). La disposizione in parola, infatti, precisa, solamente, che non può essere nominato commissario:

- a) chi, che nel biennio precedente all'indizione della procedura di aggiudicazione sia stato componente di organi di indirizzo politico della stazione appaltante;
- b) chi è stato condannato, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel Capo I del Titolo II del Libro II del codice penale;
- c) chi si trovasse in una situazione di conflitto di interessi con uno degli operatori economici partecipanti alla procedura.

Quest'ultima situazione viene meglio esplicitata con la sottolineatura secondo cui «costituiscono situazioni di conflitto di interessi quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del regolamento recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62».

La mancata previsione - e quindi l'esclusione - di una causa di incompatibilità per atti endoprocedimentali per norma, quindi, chiude (dovrebbe chiudere) intense stagioni conflittuali con riduzione dell'aspro contenzioso in materia. Fermo restando che l'incompatibilità potrà essere sempre sollevata dal diretto interessato a cui verrà chiesto, evidentemente, un maggior apparato probatorio/documentale.

---

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.ilssole24ore.com>]

Il Sole  
**24 ORE**