

Commissioni giudicatrici

Un breve sguardo al ruolo delle Commissioni giudicatrici nel rinnovato sistema codicistico

di Federico Muzzati (*)

Il presente contributo mira ad analizzare, *in primis*, attraverso un breve sguardo d'insieme, quale sia, in generale, il ruolo ricoperto dalle Commissioni giudicatrici, e come queste operino, nell'“*id quod plerumque accidit*”, adempiendo alla propria funzione tipica di individuazione del miglior concorrente offerente. Successivamente, dopo il suddetto breve *incipit* d'inquadramento “sistematico”, si considererà la regolamentazione positiva, all'uopo approntata, dal previgente Codice dei contratti pubblici, che verrà raffrontata, al fine di evidenziare i principali tratti differenziali e di discontinuità (oltre che di continuità), con il vigente impianto codicistico, il quale, seppur non operi una “rivoluzione copernicana” dell'istituto di cui in commento, introduce alcune significative novità, in particolare, in relazione alla controversa funzione partecipativa del Rup (oltre che alle modalità di formazione e alla tenuta dell'Albo).

Ratio istitutiva, natura e funzioni

Le Commissioni giudicatrici (1) costituiscono, così come inquadrate finanche da un costante e sedimentatosi formante giurisprudenziale (2), un organo straordinario (3), dotato di necessarie competenze tecniche (con funzioni di supporto alla Stazione appaltante), e a carattere “temporaneo”, creato “*ad hoc*” per la gestione complessiva della fase valutativa (4) di una procedura ad evidenza pubblica.

Dunque, se ne inferisce come la *ratio* della loro istituzione (5) risieda nell'individuazione del miglior concorrente offerente, nell'esclusivo interesse dell'Amministrazione procedente, scelto grazie alle

conoscenze e alle capacità tecnico-scientifiche possedute dai membri di appartenenza del seggio di gara. A corollario di quanto appena detto, infatti, i commissari svolgono la loro attività analizzando non solamente gli aspetti prettamente economici delle offerte presentate dai partecipanti, bensì estendono il loro “sindacato ispettivo” anche ai profili più squisitamente tecnici, andando ad “approfondire” e a “comprovare” le capacità professionali degli Operatori economici offerenti.

È bene anche porre in evidenza come, in ossequio a quanto sopra riportato, la Commissione di gara si limita solamente a svolgere azioni di tipo valutativo,

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Ora regolate dagli artt. 51 e 93 D.Lgs. n. 36/2023, nuovo Codice dei contratti pubblici (che ha operato una profonda opera di riforma, anche in relazione ad esse), mentre, in precedenza, dagli artt. 77 e 78, D.Lgs. n. 50/2016.

(2) Sul punto, e sul ruolo del seggio di gara quale organo di supporto e consultivo alla Stazione appaltante, si v. - *ex plurimis* - Cons. Stato, Sez. IV, 24 novembre 2014, n. 5811; Cons. Stato, Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 749; T.A.R. Veneto, Sez. III, 29 settembre 2016, n. 1089, T.A.R. Lazio, Sez. II-ter, 10 maggio 2017, n. 5613; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 25 giugno 2015, n. 1571; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 12 giugno 2023, n. 1366; Cons. Giust. amm. Sicilia 19 aprile 2021, n. 326; Cons. Stato 12 febbraio 2020, n. 1104; Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2019, n. 1247, e, infine, Cons. Stato, Sez. IV, 16 giugno 2011, n. 3659.

(3) *Id est*: non precostituito, seppur “depositaria” di compiti e funzioni predeterminate.

(4) Precedente e prodromica alla scelta del contraente e alla successiva aggiudicazione in suo favore, con conseguente sottoscrizione del regolamento negoziale dalle Parti.

(5) Risiede certamente nella loro imprescindibile necessità di scrutinare approfonditamente le offerte presentate alla Stazione appaltante, per far sì che, grazie alle capacità e competenze dei commissari, la procedura venga affidata, a tutto interesse dell'Amministrazione (e, dunque, della collettività tutta) al concorrente in grado di soddisfare al meglio possibile le esigenze tecnico-economiche dell'Ente appaltante.

Ciò, come appare evidente, è di fondamentale importanza in settori altamente specializzati e complessi, come buona parte di quelli sottostanti e afferenti strettamente alla materia dei contratti pubblici, ove è necessario possedere un elevato grado di specializzazione e competenze tecniche.

a supporto dell'Amministrazione, in quanto è solo, ed esclusivamente, quest'ultima a poter approvare gli atti propositivi emanati dal seggio di gara, procedendo, pertanto all'aggiudicazione della procedura, sulla base della proposta (6) precedentemente espressa dalla Commissione (7).

Infine, e per concludere questo breve *incipit* di inquadramento generale, appare importante anche rammentare come, in disparte al numero dei componenti della Commissione giudicatrice, queste rappresentano dei veri e propri "collegi perfetti", poiché per il loro effettivo funzionamento sono tenute ad operare nella piena completezza di tutti i loro appartenenti, fatta salva la possibilità per l'Amministrazione di avvalersi, all'interno dell'atto di nomina, della facoltà di sostituzione di alcuni membri del costituendo seggio di gara.

Il previgente impianto codicistico

Com'è noto, il Legislatore, con la precedente riforma del 2016, operò una sorta di "rivoluzione copernicana", in linea con l'*animus* che permeava fortemente il previgente Codice, saldamente orientato, *in primis*, al contrasto alla corruzione, trasformando, pertanto, le Commissioni giudicatrici da organi straordinari "in house" (8), composti direttamente da soggetti dipendenti e appartenenti alle Amministrazioni precedenti, in strumenti al servizio della legalità, della trasparenza, e in grado di perseguire un'efficace opera di prevenzione alle infiltrazioni criminali all'interno delle gare pubbliche.

Ragion per cui, durante la vigenza del D.Lgs. n. 50/2016, le Commissioni, da organi straordinari della stessa Amministrazione, divennero strutture terze ed

indipendenti, seppur venne mantenuto inalterato il criterio di imputazione giuridica degli atti da queste posti in essere (9).

Difatti, come sottolineato dal Supremo Consesso Amministrativo poco dopo l'entrata in vigore del precedente Codice (10), la circostanza che i commissari siano di provenienza esterna, e non più direttamente appartenenti alla stessa Stazione appaltante banditrice, non incide in alcun modo sul rapporto di imputazione organico e sulle responsabilità dei membri del seggio di gara, posto che è l'atto di nomina ad instaurare il rapporto d'ufficio tra gli stessi e l'Ente procedente.

All'uopo, la L. delega n. 11/2016, prevedeva una sostanziale novità: l'istituzione dell'Albo nazionale dei componenti delle Commissioni giudicatrici per l'affidamento concessorio e appaltizio di rapporti e contratti pubblici, attuata specificamente dagli artt. 77 (11) e 78 del Codice del 2016 (12).

La prima delle anzi nominate disposizioni, ossia l'art. 77 (13), tratteggiava la disciplina generale alle Commissioni di gara (*id est*, composizione e funzionamento), mentre il successivo art. 78 provvedeva all'istituzione dell'Albo nazionale dei commissari, curato, tenuto e gestito direttamente dall'ANAC, anche grazie al sistema di indicazioni cogenti (14) fornito direttamente dalle successive Linee guida n. 5 del 10 gennaio 2018 emanate dalla stessa Autorità (15).

In breve, per ciò che concerne l'art. 77 è bene ricordare, *in primis*, come l'operatività dell'istituto del seggio di gara trovi applicazione solamente alle procedure da aggiudicarsi con il criterio dell'OEPV (16), in cui i commissari, esperti nella materia oggetto del contratto da affidare, selezionano l'offerta migliore, a

(6) Di aggiudicazione (il precedente istituto della aggiudicazione provvisoria).

(7) Sul punto, si v. - *ex tantis* - Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2009, n. 7042; Cons. Stato, Sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5354, e, infine, T.A.R. Veneto, Sez. III, 29 settembre 2016, n. 1089.

(8) Atecnicamente parlando, e così come regolate dall'art. 84, D.Lgs. n. 163/2006.

(9) Per un approfondito commento sul funzionamento delle Commissioni giudicatrici nel precedente Codice dei contratti pubblici, si v. - *ex tantis* - R. Colagrande - C. Fanasca, *Commissioni di gara*, in M.A. Sandulli - R. De Nictolis, "Trattato sui Contratti pubblici", III, Milano, 2019, 393 ss. e F. Caringella - M. Giustiniani - P. Mantini, *Le Commissioni giudicatrici*, in F. Caringella - M. Giustiniani - P. Mantini, *I contratti pubblici: trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, Roma, 2021, 1115 ss.

(10) Cfr. Consiglio di Stato, comm. Spec., parere del 14 settembre 2016, n. 855.

(11) *Melius*: 78.

(12) E dal sempre presente sistema delle Linee guida ANAC, che informava e permeava ampiamente il contenuto e il "modus regulandi" del precedente Codice.

(13) Che, ai sensi e per gli effetti del comma 13, non trova applicazione nelle procedure di cui agli artt. da 115 a 120, D.Lgs. n. 50/2016.

(14) In quanto, pur trattandosi notoriamente di un atto di *soft law*, il Consiglio di Stato, attraverso il parere n. 1919/2016 ha ben reso come queste siano da considerarsi cogenti in quanto integrano un precetto primario. Dunque, possono pienamente essere sussunte nel *genus* degli atti amministrativi di regolazione resi dalle Autorità indipendenti.

(15) *In nuce*, tali indicazioni recano quanto segue: bipartiscono l'Albo in due sezioni, ordinaria e speciale e introducono una serie di prescrizioni relative agli adempimenti che la Stazione Appaltante deve porre in essere per assicurare la piena funzionalità della Commissione. Infatti, le Amministrazioni dovranno fornire, all'interno della documentazione di gara, informazioni dettagliate circa la composizione del seggio di gara, oltre che sulla modalità di individuazione di eventuali componenti interni e sul funzionamento e suoi compiti della Commissione stessa.

(16) *Id est*: offerta economicamente più vantaggiosa.

tutto vantaggio dell'Amministrazione, tanto dal punto di vista tecnico, quanto da quello qualitativo.

Per ciò che concerne, invece, l'aspetto dell'individuazione e della nomina dei componenti della Commissione (17), la disposizione in commento, al comma 3, prevede che i membri del seggio di gara debbano essere scelti tra gli esperti iscritti nell'apposito Albo istituito presso l'ANAC, e che, su impulso dell'Amministrazione precedente, l'Autorità sia tenuta a redigere una lista di candidati, formata da un numero di nominativi almeno doppio rispetto a quello dei componenti da nominare; all'interno di tale lista, la Stazione appaltante attinge, poi, mediante pubblico sorteggio, all'individuazione degli effettivi del seggio di gara.

Successivamente, l'elenco viene comunicato all'Amministrazione precedente entro cinque giorni dalla data di formulazione della richiesta all'Autorità. Per ciò che riguarda, invece, le procedure bandite dai c.d. soggetti aggregatori, da Consip S.p.a. e Invitalia S.p.a., la scelta dei componenti delle Commissioni deve essere effettuata mediante l'individuazione di soggetti iscritti presso una specifica sezione speciale dell'Albo (anch'essi non appartengono alla Stazione appaltante, salvo il caso in cui il numero dei soggetti esterni non sia sufficiente, ovvero in caso di un perdurante stato di carenza, attingendo direttamente da quelli iscritti nella sezione "ordinaria" dell'Albo nazionale ANAC).

Inoltre, il medesimo comma 3 prevede che le Amministrazioni possano nominare alcuni commissari provenienti dal loro interno (18), qualora debbano essere affidati contratti di servizi o forniture aventi importi inferiori alle soglie europee di cui all'art. 35, ovvero per gli appalti di lavori di valore inferiore ad un milione di Euro, o che non presentino particolari complessità, quali le procedure svolte mediante

l'intermediazione e l'esclusivo utilizzo di piattaforme elettroniche.

Al fine di evitare un distorto utilizzo di questa facoltà, il Decreto correttivo al Codice (19) (emanato poco dopo la sua entrata in vigore) ha fortemente ridimensionato la suddetta possibilità, limitando la nomina di soggetti interni solo ad alcuni membri (che non possono in alcun modo rivestire il ruolo di Presidente), con il chiaro ed evidente obiettivo di prevenire fenomeni corruttivi, finanche in procedure ad evidenza pubblica di importo limitato.

Il disposto di cui al comma 3, sopra sinteticamente illustrato, è però stato sospeso dell'entrata in vigore del D.L. n. 32/2019 (c.d. "Sblocca cantieri"), che all'art. 1, comma 1, lett. c), prevedeva, in via sperimentale che alcune disposizioni del Codice non trovassero applicazione sino al 31 dicembre 2020 (20), fermo restando la necessità di individuare, *a fortiori*, i commissari con criteri di efficacia, efficienza e trasparenza, e sull'esclusiva base delle loro competenze squisitamente tecniche.

La data è poi stata prorogata sino al 30 giugno 2023 (21), non a caso, il giorno antecedente al 1° luglio, data in cui hanno acquisito efficacia le disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici.

In relazione, invece, alle cause di incompatibilità (22), previste al fine di rafforzare quanto più possibile l'indipendenza e l'autonomia della Commissione, e dunque la sua imparzialità e terzietà (facendo sì che questa operi solo grazie alle proprie conoscenze tecniche), il comma 4 prevede che i membri del seggio di gara non debbano aver svolto (né, tantomeno, possano farlo) alcun'altra funzione o incarico relativamente all'affidamento di cui si tratta (23).

Mentre, per ciò che riguarda il RUP la disposizione non si pone in maniera del tutto preclusiva, in quanto statuisce solamente come questo possa far parte della

(17) Che, ai sensi del comma 2 è costituita da un numero dispari di membri, non superiore a cinque, che di norma svolge la loro attività valutativa a distanza, con procedure telematiche, purché queste si rivelino in grado di salvaguardare la riservatezza delle comunicazioni (essendo i commissari non "interni" all'Amministrazione, e dunque trovandosi quasi sempre al di fuori della sede della Stazione Appaltante).

(18) Eccezione fatta per il Presidente.

(19) Si intende fare riferimento al D.Lgs. n. 56/2017.

(20) Nel pieno spirito del nome del Decreto, il cui intento era quello di cercare di accelerare le procedure di svolgimento dei lavori pubblici nel Paese.

(21) Grazie all'intervento del D.L. n. 77/2021 (c.d. "Decreto Semplificazioni e *governance* PNRR").

(22) Il comma 6, tra le varie cause di incompatibilità, elenca le seguenti: i) aver subito condanne, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del Codice penale; ii) l'integrare una delle cause di

astensione di cui all'art. 51 c.p.c.; iii) l'integrare l'ipotesi di conflitto di cui all'art. 24 del Codice; iv) qualora, in qualità di membro di una Commissione giudicatrice si sia concorsi, con dolo o colpa grave, accertata giudizialmente e con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti successivamente dichiarati illegittimi.

(23) È infatti un principio ampiamente sedimentatosi in giurisprudenza quello della c.d. "*virgin mind*" dei commissari, ossia la loro più totale imparzialità ed equidistanza nei riguardi dei partecipanti alla gara pubblica. Sul punto, si v. - *ex tantis* - T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 29 giugno 2017, n. 1074 e più recentemente, sempre il medesimo Collegio (*melius*: sede di Bari), con la sentenza del 20 febbraio 2023, n. 333, ha avuto modo di riaffermare *claris verbis* come "È pertanto indispensabile che il componente della commissione giudicatrice giunga a svolgere il ruolo di giudice delle offerte tecniche con la *cd virgin mind*, scongiurando il rischio di giudicare in base a regole dallo stesso approvate in precedenza".

Commissione, seppur la sua nomina debba essere valutata caso per caso, con riferimento alla singola procedura.

Ne risulta come, al momento della nomina, i commissari sono tenuti a dichiarare di non integrare alcuna causa di incompatibilità di cui ai commi 4, 5, e 6, mentre, sull'eventuale sussistenza di cause ostative, la Stazione appaltante deve procedere a operare controlli costanti (24), così come i membri di appartenenza della Commissione, finanche *in itinere*, sono tenuti a dichiarare eventuali cause di incompatibilità sopravvenute.

I commi successivi si pongono in sostanziale continuità con il Codice del 2006 (25) e i principi giurisprudenziali e generali dell'ordinamento amministrativo, prevedendo come il seggio di gara debba essere nominato solo successivamente alla scadenza dei termini per la partecipazione alla gara pubblica, al fine di evitare potenziali fenomeni collusivi e indebiti favoreggiamenti.

Sull'altro versante, l'art. 78, che, come si è già avuto modo di preannunciare, involge la disciplina dell'Albo (obbligatorio) nazionale dei componenti delle Commissioni, demandando ad ANAC il compito di inverare tale disposizione (26), istituendolo, curandolo ed aggiornandolo continuamente.

La norma, di per sé molto scarna, si limita seraficamente (oltre a quanto testé sin qui illustrato) a precisare come ai fini dell'iscrizione nel sopra citato

Albo, gli aspiranti interessati debbano essere in possesso dei necessari requisiti di compatibilità (27) e moralità, nonché di comprovata professionalità e competenza nello specifico settore afferente al contratto da affidare (28).

La legge delega, i significativi tratti differenziali introdotti dal nuovo codice e alcuni profili di continuità

Per comprendere l'“*humus*” in cui si sono sviluppate le significative modifiche (29) in tema di Commissioni giudicatrici, e la loro portata, appare certamente necessario prendere le mosse dai principi ispiratori contenuti nella legge delega, che nel 2022 ha attribuito al Governo il complesso compito di riformare la materia dei contratti pubblici, snellendola (30) e rendendola confacente alle molteplici e complesse sfide economiche e sociali che si pongono quotidianamente a livello nazionale ed europeo.

Infatti, la succitata L. delega n. 78/2022, all'art. 1, comma 2, lett. m), in riferimento alla Commissione di gara, si prefigge “il superamento dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici e il rafforzamento della specializzazione professionale dei commissari all'interno di ciascuna amministrazione (...)”.

Già da questo breve inciso si può ben comprendere come la più importante novità in materia sia costituita dall'aver fatto venire meno il sistema dell'Albo

(24) Tale previsione è stata introdotta dal D.Lgs. n. 56/2017 (il primo Decreto correttivo al Codice del 2016).

(25) Si conferma, *inter alia*, al comma 11, la regola secondo cui, in caso di annullamento dell'aggiudicazione ovvero di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, si debba procedere alla riconvocazione della medesima Commissione, tranne nel caso in cui l'annullamento sia derivato da un vizio di composizione del seggio di gara stesso.

Ciò è anche pacificamente affermato dalla prevalente giurisprudenza formatasi sul punto, finanche nella vigenza del Codice del 2006; infatti, è stato più volte ricordato come “in caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione (...) sempre che ciò non si risolva nella compromissione della garanzia di imparzialità”. Sul punto si v. - *ex plurimis* - Cons. Stato, Sez. III, 29 luglio 2013, n. 3977; Cons. Stato, Sez. III, 13 marzo 2012, n. 1409 e, più recentemente, T.A.R. Molise, Sez. I, 23 dicembre 2020, n. 372.

Mentre, a norma del comma 10, si conferma quanto previsto dall'art. 84 del Codice del 2006, ossia che le spese derivanti dall'attività della Commissione debbono essere inserite nel quadro economico del progetto tra le somme a disposizione della Stazione appaltante, precisando, inoltre, che l'iscrizione all'Albo avviene gratuitamente, e che agli iscritti non spetta alcun compenso qualora siano compresi nell'organico di un Ente concedente.

(26) Che, come già detto, ha proceduto con l'emanazione delle già *supra* citate e brevemente enunciate Linee guida.

(27) Rispetto alla funzione che aspirano a svolgere.

(28) In realtà, ad onore del vero, è bene sottolineare che il sistema delle linee guida ANAC e di relativa cura e tenuta dell'Albo nazionale, aveva subito una prima e profonda revisione mediante la Delibera n. 4 del 10 gennaio 2018 della stessa Autorità, per poi, come si è già detto in precedenza, essere sospesa con il D.L. n. 32/2019, in via sperimentale, sino al 31 dicembre 2020, data poi successivamente prorogata prima al 31 dicembre 2021 dal Decreto Semplificazioni, e poi al 30 giugno 2023 dal D.L. n. 77/2021.

Pertanto, il sistema normativo all'uopo delineato nel 2016, alla luce di quanto appena detto, è rimasto sostanzialmente inattuato per tutto il periodo di vigenza del previgente Codice.

(29) Sostanziali, e non solo meramente inerenti alla collocazione, in quanto, avendo superato il sistema dell'Albo nazionale dei commissari, ora la norma che regola le commissioni giudicatrici è costituita da una sola disposizione (più breve, con soli 7 commi in luogo dei precedenti 13), l'art. 93 (ad eccezione del nuovo art. 51, che però involge, incidentalmente, la figura del RUP e la sua partecipazione ai lavori del seggio di gara), inserito nel Libro I, parte V, Titolo IV, Capo I del nuovo Codice.

(30) Vero e proprio motore guida della riforma, che aspira a una massiccia opera di razionalizzazione e semplificazione di questo complesso, fondamentale e strategico settore, e di cui la triade dei principi di risultato, libero accesso al mercato e fiducia (posti come disposizioni di apertura del nuovo Codice, agli artt. 1-3) costituisce una plastica rappresentazione emblematica, e non solo una mera dichiarazione programmatica di intenti.

nazionale dei commissari (31), tenuto e curato dall'ANAC, oltre ad altre modifiche di cui si dirà nel prosieguo di questo paragrafo (32).

Quanto appena affermato, si rinviene finanche all'interno del testo della relazione illustrativa del Consiglio di Stato allo schema del nuovo Codice dei contratti pubblici del 7 dicembre 2022, nella quale, a commento dell'art. 93, oltre a dar conto della soppressione dell'Albo nazionale dei commissari, viene efficacemente sintetizzata la *ratio* dell'intervento riformatore.

Infatti, il Supremo Consesso Amministrativo, all'interno del succitato documento, ha rilevato come il contenuto della disposizione di cui in commento risulti essere il prodotto della sintesi di due visioni antitetiche: la prima volta alla completa liberalizzazione delle modalità compositive e di funzionamento della Commissione, mentre, la seconda desiderosa di mantenere prioritariamente in capo alle risorse interne all'Amministrazione l'onere e l'"onore" di comporre il seggio di gara.

In ogni caso, al di là di queste differenti vedute d'orizzonte intercorrenti tra i vari esperti chiamati a redigere il nuovo Codice, che si è cercato di comporre e bilanciare in sede di ultima approvazione, ne risulta una normativa (come si è già avuto modo di anticipare in precedenza) improntata al rispetto del fondamentale criterio della trasparenza, che impone alla Stazione appaltante di procedere a nomine che siano pienamente aderenti a tale principio, unitamente a quelli di competenza e rotazione (33), pur senza "imbrigliarne" l'attività con fisse e predeterminate procedure, lasciando, pertanto, all'Amministrazione ampia libertà di scelta circa le modalità che questa riterrà più adeguate e confacenti al raggiungimento del proprio scopo finale.

Anzitutto, il primo comma dell'art. 93, in piena continuità con il previgente art. 77, prevede che la Commissione giudicatrice assolva alla sua funzione tipica, ossia la selezione della migliore offerta all'interno di una procedura ad evidenza pubblica, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Si può, però, notare una differenza con il disposto normativo del precedente Codice: infatti, ivi non vengono menzionati esplicitamente gli affidamenti concessori, accanto a quelli appaltizi, anche se sembrerebbe trattarsi di una mera svista (34) del Legislatore delegato, facilmente superabile in via interpretativa grazie al ricorso ai sempre operanti principi di buon andamento (35) e trasparenza dell'azione amministrativa, sottesi anche all'istituto della Commissione di gara (36).

Mentre, per ciò che concerne le tempistiche per pervenire alla nomina della stessa, viene, anche in questo caso, confermata la regola secondo la quale ciò può avvenire solo successivamente alla scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte, così come già statuito anche dal Codice del 2016.

Ciò, in quanto, come si è già avuto modo di dire nel precedente paragrafo, la posteriorità della nomina dei componenti rispetto alla scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla procedura, costituisce un logico corollario dei citati principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, che guidano, ovviamente, anche l'agire delle attività poste in essere dalla Commissione valutatrice.

Di più, l'evidente *ratio* di una consimile regolazione è facilmente rinvenibile nel fatto che, così facendo si voglia prevenire, o comunque ostacolare, la causazione di eventuali condotte collusive, ovvero di comportamenti illeciti tesi ad influenzare il sindacato valutativo della Commissione (37).

Inoltre, un'altra sostanziale novità risiede nella previsione che permette alla Commissione di essere chiamata dal RUP a svolgere attività di supporto al fine di coadiuvarlo nell'espletamento dell'eventuale subprocedimento di verifica di anomalia dell'offerta. Si tratta di una evenienza opzionale, e di un'ulteriore funzione che può svolgere la Commissione, poiché, come si è poc'anzi detto, è solo il RUP che può ricorrere all'esercizio di tale facoltà meramente discrezionale.

(31) In piena aderenza all'*animus* "celere" ed efficacemente orientato che permea il nuovo Codice, seppure sia sempre necessario il rispetto del principio di imparzialità e professionalità dei membri appartenenti al seggio di gara.

(32) In ambito dottrinale, sul punto, si segnalano - *ex tantis* - le seguenti opere: L. Ponzone, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Molfetta, 2023, 325 ss. e L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2023, 314 ss. e 591 ss.

(33) Secondo il quale, per ogni procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici, i membri della Commissione giudicatrice devono essere diversi da quelli nominati nelle procedure precedenti.

(34) Tale circostanza si potrebbe identificare come una classica ipotesi di "*minus dixit quam voluit*" in cui è incorso il Legislatore.

(35) Eucleato anche dall'art. 97 Cost.

(36) Così come affermato dal *plenum* del Consiglio di Stato, il quale con la sentenza n. 13 del 7 maggio 2013: "Deve ritenersi, quindi, che le regole, quali quelle contenute nell'art. 84 sui "tempi" della formazione e sulla "regolare composizione" di un organo amministrativo (tali regole aventi natura sostanziale e non ogni diversa disposizione procedurale) siano un predicato dei principi di trasparenza e di imparzialità, per cui le disposizioni di cui ai commi 4 e 10 devono ritenersi espressione di principio generale del codice e, pertanto, applicabile, ai sensi dello stesso articolo 30, anche alle concessioni di servizi pubblici".

(37) Ciò viene chiaramente espresso anche in Cons. Stato, Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13.

Appare evidente che tale possibilità sia stata codificata per dare seguito all'ampio filone giurisprudenziale formatosi nella vigenza del precedente Codice, che affermava proprio questa necessità (38).

Passando ora ad esaminare nel dettaglio i successivi commi della disposizione di cui in commento, il n. 2 prevede, ricalcando perfettamente quando sancito dall'art. 77 del precedente Codice, che la Commissione sia composta da un numero dispari di componenti (39), fissato nel massimo a cinque unità totali, fatta salva la possibilità di nominare componenti supplenti, già esistente nel previgente Codice.

L'esigenza di nominare un numero dispari di commissari trova ragion d'essere nel fatto che si vogliono evitare situazioni potenziali di stallo e conflitto decisionale tali da inficiare il buon esito della procedura, mentre la predeterminazione di un numero massimo di componenti risponde a esigenze di carattere acceleratorio, di snellezza procedurale e contenimento degli oneri, economici e temporali.

Per ciò che riguarda, invece, il requisito della competenza tecnica, inteso *lato sensu* e in aderenza alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza maggioritaria, l'esperienza professionale richiesta ai componenti della Commissione deve poter coprire, complessivamente, anche grazie a reciproci scambi e compensazione tra gli appartenenti, tutti gli aspetti afferenti e sottostanti all'oggetto della procedura ad evidenza pubblica da affidare (40).

Ma, la maggior significativa modifica si rinviene solamente nel successivo comma, il n. 3, nel quale, come si è già più volte preannunciato, viene definitivamente superato l'operatività delle Linee guida e dell'Albo nazionale dei commissari.

Smantellando tale sistema, la disposizione "internazionalizza" la composizione della Commissione giudicatrice, ribaltando completamente la disciplina previgente, e stabilendo che questa possa anche essere presieduta da un dipendente della stessa Amministrazione procedente, senza che questo debba necessariamente rivestire la qualifica di "dirigente".

Sul punto, lo schema di Codice utilizzava, invece, il termine "funzionario", sostituito, in fase di approvazione dal più generico termine "dipendente"; pertanto, qualsiasi profilo subordinato che presta la propria attività lavorativa all'interno della Stazione appaltante banditrice può presiedere la

Commissione, fermo restando il necessario possesso dei requisiti esperienziali e di capacità tecnica richiesti per ricoprire un così delicato e nevralgico ruolo. Oltre all'appena commentata portata rivoluzionaria, che ha segnato un vero e proprio cambio di paradigma nella formazione e nella natura della Commissione giudicatrice, infine, la disposizione chiarisce definitivamente - e letteralmente - che il RUP può far parte del seggio giudicatrice.

Invero, il previgente Codice, all'art. 77, comma 4, come si è avuto modo di evidenziare in precedenza, si limitava a stabilire, laconicamente, e in maniera del tutto generica, che il RUP potesse far parte della Commissione, ma che tale ipotesi dovesse essere valutata caso per caso, in relazione alla procedura da affidare.

Anche questa importante modifica è stata apportata in aperto recepimento di quanto affermato costantemente dalla giurisprudenza nella vigenza del precedente Codice, che chiarendo la suddetta possibilità, ha sempre previsto che il RUP potesse essere un componente della Commissione, e finanche Presidente, salvo il caso in cui sussistesse una chiara ed evidente incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da comprovate e chiare ragioni di reciproco condizionamento ed interferenza tra gli stessi (41).

Il successivo comma 4, si riferisce, invece, alle modalità di funzionamento della Commissione, che in precedenza, come già illustrato, alla luce del Decreto correttivo al Codice del 2016, era tenuta, di regola, ad operare a distanza con modalità telematiche, idonee a salvaguardare la sicurezza e la riservatezza delle comunicazioni intercorse tra i commissari.

Il nuovo impianto codicistico lascia, invece, ampia libertà alla Commissione, che può decidere se riunirsi fisicamente *in loco*, ovvero se operare in maniera asincrona, sempre con strumenti in grado di salvaguardare la sicurezza delle comunicazioni; viene previsto, inoltre, che il seggio valutatore debba necessariamente svolgere le proprie operazioni mediante il ricorso a piattaforme di approvvigionamento digitale, al fine di valutare la documentazione di gara e le offerte presentate dai partecipanti, atteso che la gestione in via telematica di tali procedure offre maggiore integrità e sicurezza per ciò che riguarda la conservazione di tali atti (42).

Per ciò che attiene al metodo di lavoro dei componenti delle Commissioni, anche nel nuovo impianto

(38) Sul punto si v. - *ex plurimis* - Cons. Stato, Sez. III, 18 marzo 2021, n. 2315.

(39) Esperti nel settore oggetto del contratto da affidare.

(40) Sul punto si v. - *ex tantis* - Cons. Stato, Sez. V, 22 marzo 2022, n. 2320; Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2021, n. 7235 e Cons. Stato, Sez. III, 28 giugno 2019, n. 4458.

(41) Sul punto, si v. - *ex tantis* - T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 25 ottobre 2022, n. 833 e Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082.

(42) Sul punto, si v. - *ex plurimis* - Cons. Stato, Sez. III, 20 gennaio 2021, n. 627; Cons. Stato, Sez. III, 13 dicembre 2018, n. 7039; Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2016, n. 4990; Cons.

codicistico rimane come punto fermo il recente approdo del *Plenum* del Consiglio di Stato secondo il quale i commissari possono confrontarsi (43) tra di loro in ordine agli elementi qualitativi delle offerte, prima di attribuire individualmente i punteggi, sempre che ciò non sconfini in una surrettizia procedura collegiale culminante nella predeterminazione *ex ante* del punteggio da attribuire, in aperta violazione della regola secondo la quale le valutazioni debbono necessariamente essere di tipo squisitamente individuale (44).

Il comma 5 dell'art. 93 del nuovo Codice si occupa, d'altro canto, delle cause che rendono inconfirabile l'incarico al commissario, ricalcando sostanzialmente la previgente disciplina di cui all'art. 77, comma 6, prevedendo che non possano essere nominati membri della Commissione: i) coloro che nel biennio precedente all'indizione della procedura di gara sono stati componenti di organi di indirizzo politico della Stazione appaltante; ii) coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti e puniti nel Capo I del Titolo II del II Libro del Codice penale; iii) coloro che si trovano in una situazione di conflitto di interessi con uno degli Operatori economici partecipanti alla procedura ad evidenza pubblica.

Come evidenziato anche dal Supremo Consesso Amministrativo, all'interno della già più volte citata relazione illustrativa, nel nuovo sistema codicistico è venuta meno l'ipotesi di incompatibilità endoprocedimentale, che aveva importato molteplici problematiche alle Stazioni appaltanti, specie di piccole dimensioni, precludendogli, di fatto, la nomina a commissario di dipendenti che si erano occupati della procedura di appalto nelle fasi precedenti.

Anzi, in ossequio al principio della fiducia, su cui si basa l'interno nuovo Codice dei contratti pubblici, è stato reputato più che opportuno superare il *fumus* di condizionamento che permeava il precedente art. 77 sul punto, a favore dell'idea che i dipendenti, conoscendo in maniera più approfondita l'oggetto della procedura, possano individuare in maniera più agevole la miglior offerta pervenuta.

Inoltre, preme sottolineare che, rispetto al previgente Codice, viene meno la disposizione secondo cui venivano esclusi dal ruolo di commissario tutti coloro che,

in qualità di membri delle Commissioni giudicatrici, avessero concorso, con dolo o colpa grave accertati giudizialmente, e con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti poi dichiarati illegittimi (45).

Parimenti, sono venute meno le disposizioni che obbligavano i commissari, al momento dell'accettazione dell'incarico, a presentare una formale autodichiarazione ai sensi dell'art. 47, d.P.R. n. 445/2000 per certificare l'insussistenza di cause di incompatibilità e di astensione rispetto al ruolo di componente della Commissione giudicatrice.

Il Consiglio di Stato, all'interno della relazione illustrativa, ha motivato tale scelta sulla base del fatto che è evidente, sottinteso ed implicito che i commissari, al momento dell'accettazione dell'incarico, debbano sempre dichiarare di non integrare alcuna causa di incompatibilità o di necessaria astensione.

Viepiù, è stata, inoltre, eliminata anche la disposizione che, in riferimento a quanto sopra detto, onerava le Stazioni appaltanti di procedere alla verifica dell'inesistenza di cause di incompatibilità prima del conferimento dell'incarico.

Secondo le prime letture dottrinali, tale alleggerimento non vorrebbe far venire meno il potere-dovere delle Amministrazioni di adottare tutte le misure e i protocolli necessari a garantire una corretta gestione delle procedure di gara, dovendo, per converso, acquisire le dichiarazioni di insussistenza di cause ostative, tanto in via preventiva, quanto durante lo svolgimento della procedura, in caso di mutamenti sopravvenuti a quanto dichiarato in sede di accettazione dell'incarico, anche grazie all'istituzione e al ricorso alle c.d. *short list* di esperti da nominare in caso di necessità e evidente carenza di personale interno. Il successivo e penultimo comma della disposizione in commento procede a riconfermare, seppur solo in *parte qua*, quanto previsto dal comma 11 del previgente art. 77, D.Lgs. n. 50/2016, in relazione alle ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione, ovvero di esclusione di un concorrente.

Infatti, il nuovo comma 6, dell'art. 93, statuisce sì che la Commissione di gara debba essere nuovamente riconvocata nella medesima composizione, salvo il caso in cui l'annullamento degli atti di gara non sia

Stato, Sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4050, e infine, Cons. Stato, Sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5377.

(43) Se si procede con il metodo del confronto a coppie, l'assegnazione di punteggi identici, o in larga parte sovrapponibili da parte di tutti i componenti, rende ovviamente nulla l'individualità della valutazione, inficiando irrimediabilmente il giudizio tecnico finale. Qualora, invece, non si proceda con il sistema del confronto a coppie, e in mancanza di specifiche previsioni contenute nella *lex specialis*, prende vita il consolidato orientamento

secondo il quale, in assenza di un espresso obbligo di specifica verbalizzazione previsto dal disciplinare di gara, non vi è alcuna ragione di derogare il principio secondo cui gli apprezzamenti dei singoli commissari sono destinati a confluire nella decisione finale del collegio, venendo da questa assorbiti.

(44) Come sancito da Consiglio di Stato, Ad. Plen., 14 dicembre 2022, n. 16.

(45) Art. 77, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016.

dipeso da un vizio di composizione della stessa Commissione (46), ma rispetto al precedente Codice introduce la facoltà, per la Stazione appaltante di non riconvocarla nella medesima formazione, ancorché non sia stato accertato alcun vizio inerente alla sua composizione, prevedendo, però, che tale “discostamento” venga adeguatamente motivato.

Dunque, nella nuova formulazione, la riconvocazione del medesimo seggio di gara risulta passibile di deroga in un numero potenzialmente illimitato di differenti circostanze.

Infine, il comma 7, l'ultimo della disposizione di cui in commento, introduce un'importante novità, codificando per la prima volta l'istituto del seggio di gara nelle procedure di affidamento da valutarsi secondo il criterio del minor prezzo.

Come si può ben notare dalla lettura del breve dettato testuale (47), la disciplina è ben più semplice e snella rispetto a quanto sin qui riportato per l'operatività e la regolamentazione della Commissione giudicatrice, in quanto, anzitutto, il seggio di gara può essere costituito anche da un solo soggetto, e, inoltre, i componenti dello stesso devono necessariamente appartenere alla Stazione appaltante procedente.

Ma, in ogni caso, resta ferma e salva la previsione secondo cui anche gli appartenenti al seggio di gara devono essere scelti secondo criteri informativi di trasparenza, competenza e professionalità.

Appare però degno di nota evidenziare come, rispetto a quanto previsto per la Commissione giudicatrice, qui non venga in alcun modo menzionato il principio di rotazione, e come, infine, le cause di inconfiribilità dell'incarico si limitino solamente ad operare in relazione a sentenze di condanna emesse in sede penali per fattispecie di reato commesse nei confronti della Pubblica Amministrazione, unitamente alla sussistenza di conflitti di interesse; mentre non viene ivi ricalcata la causa ostativa erompente dall'aver ricoperto, nel biennio precedente, un incarico

di indirizzo politico all'interno della medesima Stazione appaltante.

La risoluzione di un'annosa e inveterata questione: la partecipazione e il “nuovo” ruolo del RUP

L'art. 51 del nuovo Codice rassegna una disposizione particolare (48), inserita nel nuovo quadro generale regolante il ruolo e le funzionalità della Commissione di gara, e dispone testualmente quanto segue: “Nel caso di aggiudicazione dei contratti di cui alla presente Parte (49) con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla commissione giudicatrice può partecipare il RUP, anche in qualità di presidente”.

Per meglio comprendere l'oggetto, la *ratio* e l'ambito di applicazione della succitata norma, è necessario leggerla in combinato disposto con l'art. 93, comma 3 (50), il quale prevede che “la commissione è presieduta da un dipendente della stazione appaltante ed è composta da suoi funzionari, in possesso del necessario inquadramento giuridico e di adeguate competenze professionali. Della commissione giudicatrice può far parte il RUP. (...)”.

Però, come si è già avuto modo di evidenziare in precedenza, e come risulta agevolmente dalla semplice lettura testuale di quanto poc'anzi riportato, la disposizione non esplicita se il RUP possa finanche ricoprire il ruolo di Presidente della Commissione giudicatrice al quale partecipa.

Per “sopperire” a tale “carezza” e sulla scia di un ampio formante giurisprudenziale formatosi coevamente e durante tutta la vigenza del precedente Codice, l'art. 51 introduce un potente strumento di semplificazione, risolvendo *radiciter* un annoso dibattito: il RUP (51), nelle procedure sottosoglia, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta più economicamente vantaggiosa, può, oggi, ricoprire tanto il ruolo di componente della Commissione giudicatrice, quanto quello di Presidente della stessa (52).

(46) In ossequio alla prevalente giurisprudenza che in ciò ravvisa un'evidente valorizzazione del principio di non aggravamento dell'attività amministrativa *ex art.* 1, comma 2, L. n. 241/1990.

(47) “Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalto con il criterio del minor prezzo o costo, la valutazione delle offerte è effettuata da un seggio di gara, anche monocratico, composto da personale della stazione appaltante, scelto secondo criteri di trasparenza e competenza, al quale si applicano le cause di incompatibilità di cui alle lettere b) e c) del comma 5”.

(48) Che si pone in un rapporto di *species a genus*.

(49) Che regola le procedure di affidamento sottosoglia.

(50) Già delucidato nel precedente paragrafo.

(51) Si rammenta, per dovere di cronaca, che, nel nuovo assetto codicistico, tale acronimo non significa più “responsabile del procedimento”, bensì “responsabile del progetto”.

Si tratta di due figure non assolutamente identiche, in quanto, quest'ultimo, ossia il responsabile del progetto risulta essere il “*dominus*” di tutte le fasi che involgono la realizzazione di un progetto appaltizio, mentre, il responsabile del procedimento rende la sua attività in relazione solo ad uno specifico procedimento ad esso afferente.

(52) Si supera, dunque, l'incompatibilità tra il ruolo di RUP e di componente della Commissione di gara, che, di fatto, seppur riguardasse il previgente Codice del 2016, era già stata affrontata “*prima facie*” dal Decreto correttivo del 2017, che, però, come si è già avuto modo di spiegare, introdusse una norma di non univoca interpretazione, e che, pertanto, non risolse definitivamente ogni dubbio sul punto.

Si tratta di una novità che pone fine alle molteplici difficoltà interpretative che erano sorte nel silenzio del precedente Codice, in cui, peraltro, sino all'entrata in vigore del primo correttivo, nulla si disponeva sul punto.

Mentre, come rammenta il Consiglio di Stato all'interno della relazione illustrativa, l'assoluto conflitto insanabile tra il ruolo di RUP e di componente della Commissione giudicatrice era già stato "superato" prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice, grazie al Decreto correttivo del 2017, il quale, come si è avuto modo di spiegare nel precedente paragrafo, introdusse, all'art. 77, la possibilità per il RUP di divenire membro componente del seggio di gara (53). Benché si fosse cercato di risolvere la questione con la suddetta modifica dell'art. 77, e la possibilità per il RUP di essere membro della Commissione, la problematica rimase aperta e foriera di contrasti interpretativi, su cui cercò di intervenire l'ANAC, con il parere n. 1143 del 8 novembre 2017 (54), stabilendo che il ruolo di RUP con quello di membro del seggio di gara fosse causa di incompatibilità solo allorché questo svolgesse funzioni non meramente istruttorie, ma più marcatamente dirigenziali, come nel caso in cui avesse proceduto alla previa approvazione del bando e del disciplinare di gara (55).

Pertanto, con la disposizione di cui in commento, unitamente a quanto previsto dal nuovo art. 93, vengono superati i suddetti e precedenti dubbi, sorti nel corso della vigenza del precedente Codice, e si stabilisce, nel nuovo assetto codicistico quanto segue: in generale, il RUP può sempre essere ammesso a partecipare ai lavori del seggio di gara in qualità di membro componente, ma ben può, vieppiù, rivestire il ruolo di Presidente, solo ed esclusivamente per ciò che attiene gli affidamenti sottosoglia.

Quanto appena detto è stato confermato ed "asseverato" dalla giurisprudenza (56), che recentemente, ha avuto modo di soffermarsi sull'interpretazione di tale disposizione, confermando come questa elimini definitivamente qualsivoglia causa di incompatibilità tra il ruolo di RUP e di componente della Commissione

giudicatrice, questione che, alla luce di tutto quanto sin qui enucleato riguardava, pertanto, solamente la precedente sistematica codicistica.

Un quadro finale di sintesi

Per concludere, si è potuto comprendere come, il Legislatore delegato, nel pieno spirito riformatore (57) di razionalizzazione e semplificazione, ha operato significative modifiche in relazione al ruolo, alla composizione e alla formazione delle Commissioni giudicatrici, al fine di far sì che queste possano raggiungere i loro scopi a cui sono preordinate nel minor termine possibile, selezionando, allo stesso tempo, la miglior offerta, a tutto vantaggio della collettività.

Di talché, operando un vero e proprio ribaltamento di paradigma, rispetto al previgente sistema codicistico, si è proceduto ad inquadrare l'attuale seggio di gara sì alla stregua di organo straordinario a supporto della Stazione appaltante in sede valutativa, ma, non più composto da esperti esterni, selezionati attingendo dall'Albo nazionale tenuto dall'ANAC, bensì da soggetti "dipendenti" della stessa Amministrazione precedente, con possibili ed evidenti benefici e ricadute pratiche: infatti, questi, operando direttamente all'interno della Stazione appaltante, dovrebbero essere in grado di conoscere in maniera approfondita la procedura bandita, rendendo, così facendo, il sistema molto più celere, snello e razionale, con evidenti risparmi di risorse, tanto economiche, quanto temporali.

Affianco a questa significativa e meritoria modifica, va certamente rammentata anche un'altra pregevole novità, ossia la precisazione del ruolo del RUP all'interno della Commissione giudicatrice, avendo stabilito, l'art. 93 del nuovo Codice - facendo venir meno la precedente incompatibilità endoprocedimentale - che il RUP può certamente cumulare tale funzione con quella di commissario, mentre, l'art. 51, statuisce espressamente che, solamente negli affidamenti sottosoglia, il RUP può finanche rivestire la qualifica di Presidente del seggio valutativo di gara.

(53) Seppur tale evenienza debba essere valutata con riferimento alla singola procedura.

(54) Ove si può leggere quanto segue: "Circa i limiti dell'incompatibilità del rup a fare parte della commissione di gara, parte della giurisprudenza rintraccia una sorta di graduazione della violazione in ragione dell'apporto decisionale fornito da tale figura alla procedura di gara. Si distingue quindi tra il responsabile con il ruolo soltanto propositivo e/o istruttorio rispetto agli atti di gara, la cui posizione risulterebbe meno in conflitto nel caso venga a coincidere con un membro della commissione e quella invece del rup con poteri dirigenziali che approva il disciplinare, il capitolato e adotta anche atti di modifica con proprie determinazioni dirigenziali (v. T.A.R. Puglia, Sez. II, Lecce, sent. 23 gennaio 2017, n. 93) il

quale non può assumersi anche la valutazione dei concorrenti accentrando così ogni onere decisionale".

(55) Siv. - *explurimis* - T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 13 aprile 2016, n. 226 e T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 23 gennaio 2017, n. 93.

(56) Si v. T.A.R. Calabria, Sez. I, 30 ottobre 2023, n. 1353, ove viene evidenziato che "La questione della incompatibilità riguarda il progresso codice visto che l'attuale codice supera definitivamente la problematica eliminando la c.d. incompatibilità per aver compiuto atti endoprocedimentali che ai sensi dell'art. 77 co.1 coinvolgeva lo stesso presidente della commissione di gara".

(57) In ossequio ai criteri guida contenuti nella L. delega n. 78/2022.