

RUP e Commissione giudicatrice: per il Consiglio di Stato non vi è automatica incompatibilità

31 Ottobre 2018

Nell'attesa dell'entrata in vigore delle nuove regole per l'estrazione dei commissari di gara prevista per il 15 gennaio 2019 (**Delibera Anac 18 luglio 2018, n. 648**), il Consiglio di Stato si è espresso sulla possibile incompatibilità prevista dall'art. 77, comma 4 del **D.Lgs. n. 50/2016** (c.d. *Codice dei contratti*) tra Presidenza o commissari di gara e il Responsabile Unico del Procedimento (RUP).

In particolare, con **sentenza n. 6082 del 26 ottobre u.s.**, la Sezione Terza del Consiglio di Stato, pur ammettendo l'esistenza di diversi orientamenti giurisprudenziali, ha affermato che non esiste alcuna automatica incompatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di componente della commissione giudicatrice, a meno che essa non venga dimostrata in concreto.

La sentenza del TAR

In primo grado, il TAR aveva affermato come nel caso di specie non esistesse alcuna incompatibilità tra il dirigente della CUC incaricato della redazione del bando di gara e il Presidente della Commissione giudicatrice. Inoltre, il TAR ha affermato che:

- l'art. 77 del nuovo codice dei contratti pubblici è applicabile esclusivamente "a regime", cioè a seguito della istituzione dell'albo nazionale dei commissari di gara;
- nella fase intertemporale che precede tale momento, non sussiste alcuna incompatibilità tra i ruoli di Presidente della Commissione e di RUP o di soggetto aggiudicatore, a meno che non venga dimostrata in concreto una specifica interferenza tra le due funzioni;
- tale prova nel caso presente è del tutto mancata, anche perché il contenuto essenziale della *lex specialis* di gara è stato pedissequamente recepito nel bando di gara ed il ruolo della CUC si è limitato alla conduzione e all'espletamento della procedura selettiva.

La decisione del Consiglio di Stato

I giudici di Palazzo Spada hanno rilevato due interpretazioni giurisprudenziali dell'art. 77, comma 4 del Codice dei contratti:

- la prima ha inteso l'art. 77 comma 4 cogliendone il portato innovativo, rispetto alle corrispondenti e previgenti disposizioni del D.Lgs. n. 163/2006, proprio nella scelta di introdurre una secca incompatibilità tra le funzioni tipiche dell'ufficio di RUP (o ruoli equivalenti) e l'incarico di componente e finanche di presidente della commissione;
- una seconda interpretazione (seguita dal Consiglio di Stato) ha, invece, ammesso che non può essere ravvisata nessuna automatica incompatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di componente della commissione giudicatrice, a meno che essa non venga dimostrata in concreto.

A conferma di questa tesi il Consiglio di Stato ha ulteriormente evidenziare che:

- la garanzia di trasparenza ed imparzialità nella conduzione della gara impedisce la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea a interferire con il giudizio di merito sull'appalto;
- la situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, al di là del profilo formale della sottoscrizione o mancata sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente;
- per predisposizione materiale della legge di gara deve quindi intendersi *“non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario”*;
- ad integrare la prova richiesta, non è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità e detto onere della prova grava sulla parte che deduce la condizione di incompatibilità;
- in ogni caso, la predetta incompatibilità non può desumersi ex se dall'appartenenza del funzionario - componente della Commissione, alla

struttura organizzativa preposta, nella fase preliminare di preparazione degli atti di gara e nella successiva fase di gestione, all'appalto stesso.

Nel caso di specie non sussistono elementi specifici atti, in concreto, a far ritenere la dedotta incompatibilità, né è stato addotto dalla società ricorrente alcun dirimente elemento probatorio al riguardo, utile a dimostrare che il dirigente della CUC incaricato della redazione del bando di gara abbia concretamente partecipato alla fase preliminare della formazione degli atti di gara e abbia svolto un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'affidamento del servizio.

[sentenza-cds-26.10.2018-6082](#)