IL DIRITTO AMMINISTRATIVO
Rivista giuridica

NOTA A CONSIGLIO DI STATO - TERZA SEZIONE, SENTENZA 26 ottobre 2018, n. 6082

di VALERIA CIOCIOLA

Il RUP in Commissione di gara, la *vexata quaestio*

Con la sentenza in commento, la terza sezione del Consiglio di Stato ha voluto precisare che nella vigenza del nuovo Codice dei contratti, ai sensi dell'art. 77, co. 4 del D.Lgs. n. 50/2016, *"il ruolo di RUP può coincidere con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, a meno che non sussista la concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi"*.

La decisione del TAR

In primo grado, il TAR aveva ritenuto non incompatibile l'ufficio di Presidenza della Commissione giudicatrice con le funzioni di dirigente della CUC.

Richiamando la giurisprudenza consolidata in materia, ha infatti affermato che:

1. L'art. 77 del nuovo codice dei contratti è applicabile esclusivamente "*a regime*", cioè a seguito della istituzione dell'albo nazionale dei commissari di gara;

2. Nella fase 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*";

3. Tale prova, nel caso di specie, era mancata, anche perché il contenuto essenziale della *lex specialis* di gara era stato recepito nel bando di gara ed il ruolo della CUC si era 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, co. 4, D.Lgs. n. 50/2016:

1. Un primo orientamento che ha riconosciuto al comma 4 una portata innovativa, rispetto alle corrispondenti e previgenti disposizioni del D.Lgs. n. 163/2006, soprattutto nella scelta di

introdurre una secca incompatibilità tra le funzioni tipiche dell'ufficio di RUP e l'incarico di componente o presidente della commissione (cfr., *ex multiis*, TAR Lazio, sede di Latina, I^, 23.5.17, n. 325; TAR Lombardia, sede di Brescia, II^, 4.11.17, n. 1306).

Per comprendere meglio l'effetto innovativo dell'art. 77, co. 4, si deve considerare che l'art. 84, co. 4, dell'ormai abrogato D.L.gs n. 163/2006 si limitava a sanzionare le situazioni di incompatibilità dei soli membri della commissione di gara diversi dal presidente, prevedendo che questi ultimi non potessero svolgere "*alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*"; viceversa, l'incompatibilità prevista dall'art. 77, co. 4, del D.Lgs. n. 50/2016 non fa alcuna distinzione tra i componenti della commissione di gara implicati nel cumulo di funzioni e, quindi, si può estendere a tutti costoro indistintamente.

In favore di una lettura preclusiva del cumulo di funzioni si era espressa anche l'ANAC, nel primo schema delle Linee Guida n. 3, sostenendo che il ruolo di RUP fosse incompatibile con le funzioni di commissario di gara e presidente della commissione giudicatrice. L'indirizzo dell'ANAC è poi mutato nel testo definitivo delle Linee Guida (approvate con determinazione n. 1096, del 26.10.16) nel senso che "*Il ruolo di RUP è, di regola, incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice), ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza*".

2. Un secondo orientamento, invece, ha ammesso che non può essere ravvisata nessuna automatica incompatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di componente della commissione giudicatrice, a meno che tale incompatibilità non venga dimostrata in concreto (cfr., *ex multiis*, TAR Veneto, I^, 7.7.17, n. 660; TAR Puglia, sede di Lecce, I^, 12.1.18, n. 24; TAR Emilia Romagna, sede di Bologna, II^, 25.1.18, n. 87; TAR Umbria, I^, 30.3.18, n. 192).

Il Consiglio di Stato ha ritenuto di dare seguito a questo secondo orientamento, indotto dalle seguenti considerazioni:

Innanzitutto, a parere del Collegio, vi è ragione di dubitare che l'art. 77, co. 4, nella sua versione precedente al correttivo, intendesse precludere al RUP la partecipazione alla commissione. Una simile lettura era stata già avversata dallo stesso Consiglio di Stato (con parere n. 1767, del 2.8.16), nel quale ha fortemente escluso "*forme di automatica incompatibilità a carico del RUP*".

Un secondo e decisivo elemento è costituito dall'indicazione successivamente fornita dal legislatore, il quale, integrando il disposto dell'art. 77, co. 4, ha inteso escludere ogni effetto di

automatica incompatibilità conseguente al cumulo delle funzioni, rimettendo all'amministrazione la valutazione della sussistenza o meno dei presupposti, affinché il RUP possa legittimamente far parte della commissione gara.

In questi stessi termini si è espressa l'ANAC, ritenendo che "*al fine di evitare forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, l'eventuale situazione di incompatibilità, con riferimento alla funzione di commissario di gara e Presidente della commissione giudicatrice, deve essere valutata in concreto dalla stazione appaltante verificando la capacità di incidere sul processo formativo della volontà tesa alla valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito*" (Delibera n. 193/2018).