

# La collaborazione del Rup alla stesura di un atto di gara genera una situazione di incompatibilità con la partecipazione alla commissione giudicatrice a condizione che l'attività svolta possa condizionare il processo formativo della volontà in ordine alla valutazione delle offerte e all'aggiudicazione dell'appalto

**Autore:** Giacomo Giuseppe Verde

**In:** Giurisprudenza commentata

Riferimenti normativi: art. 77, D. Lgs n. 50/2016 - appalti, commissione giudicatrice

## Il fatto

La società ricorrente, dopo aver partecipato ad una procedura di gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento della fornitura in locazione per 36 mesi di un misuratore di velocità in postazione fissa per la rilevazione delle violazioni al Codice della Strada, ha proposto ricorso al TAR Lombardia chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto.

La ricorrente deduce, tra i vari motivi del ricorso, la violazione dell'art. 77 del D.Lgs. n. 50/2016, lamentando l'illegittima composizione della commissione giudicatrice dovuta all'inserimento del Rup nella commissione giudicatrice in considerazione del fatto che questi aveva predisposto e firmato gli atti di gara (l'avviso di manifestazione d'interesse e i relativi allegati, la lettera d'invito e il capitolato tecnico, i chiarimenti, l'atto di aggiudicazione).

## La decisione

Con riferimento a tale doglianza il Giudice ritiene meritevoli di accoglimento le argomentazioni addotte nel ricorso. A parere del TAR, nella fattispecie in esame il Rup versa nella ipotesi di incompatibilità prevista dall'articolo 77, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016, in base al quale "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”. Per il Collegio l’intervento del Rup nella fase procedimentale di predisposizione degli atti, con la scelta di riproporre la medesima disciplina della precedente gara, ha sostanzialmente determinato la volontà dell’ente in una specifica direzione. In tal senso la decisione di far coincidere la lex specialis della nuova gara con quella precedente è interamente ascrivibile al RUP e non è affatto vincolata in quanto è il risultato “del pieno esercizio della discrezionalità spettante all’Amministrazione”. Peraltro il convincimento del Giudice amministrativo è rafforzato dal fatto che il Rup non si è limitato ad approvare le norme di gara, ma ha anche reso i chiarimenti sulla stessa alle ditte concorrenti.

Per il Collegio, pertanto, va tutelato prioritariamente l’interesse alla trasparenza e alla imparzialità dell’azione amministrativa, prevenendo commistioni tra la fase di predisposizione degli atti di gara e la fase di valutazione delle offerte per evitare possibili disfunzioni e collusioni. Per giurisprudenza consolidata l’incompatibilità prevista dal citato articolo 77 “è posta a presidio dell’imparzialità di giudizio del commissario che viene posto al riparo da possibili condizionamenti che possono derivare dalla sua precedente partecipazione alla formazione degli atti di gara (in primo luogo il bando, il disciplinare e l’eventuale capitolato)”[1] e “risponde all’esigenza di rigida separazione della fase di preparazione della documentazione di gara con quella di valutazione delle offerte in essa presentate, a garanzia della neutralità del giudizio ed in coerenza con la ratio generalmente sottesa alle cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi”[2].

La norma de qua risponde alla necessità di evitare il rischio di possibili effetti distorsivi derivanti dalla partecipazione alle Commissioni giudicatrici di soggetti che siano intervenuti a diverso titolo nelle varie fasi della procedura di gara (si pensi alla progettazione, definizione del capitolato, adozione del bando, ecc.) e di “depotenziare profili di incidenza negativa sulla trasparenza e sull’ imparzialità della commissione”[3]. Affinché le attività svolte dal Rup nell’ambito della procedura concretizzino una situazione di incompatibilità è necessario che esse siano state sostanzialmente decisorie e quindi determinanti nell’adozione degli atti e nella definizione dei contenuti e delle regole della procedura nel senso che abbiano inciso sul processo formativo della volontà della stazione appaltante, vincolando quest’ultima con prescrizioni che possano risultare poi decisive in fase di valutazione delle offerte[4].

Alla luce delle suesposte considerazioni, a parere dello scrivente, la semplice collaborazione del Rup alla stesura di un atto di gara non genera automaticamente una situazione di incompatibilità con la partecipazione alla commissione giudicatrice. L’incompatibilità si ravvisa qualora l’attività svolta dal RUP possa concretamente sovrapporsi con il giudizio di merito sull’appalto e condizionare il processo formativo della volontà in ordine alla valutazione delle offerte e all’aggiudicazione dell’appalto[5]. E’ pur vero, però, che l’azione del RUP, in considerazione delle ampie funzioni che la normativa gli assegna (art. 31 del D.Lgs. n. 50/2016), è talmente significativa e capillare nel processo di formazione degli atti di gara, spesso prescrittiva del modus operandi dei soggetti coinvolti, che risultano assai rari i casi in cui le attività svolte non incidano sul processo formativo della volontà della stazione appaltante e non determinino incompatibilità tra il ruolo di RUP e quello di commissario di gara.

Peraltro nella valutazione “sostanziale” di compatibilità, tesa a prevenire la commistione delle relative funzioni, l’amministrazione non può limitarsi a considerare rilevante soltanto l’eventuale attività consistente nell’adozione di atti e nella stesura del bando, del disciplinare e del capitolato, dal momento che, anche in assenza delle predette attività, il Rup potrebbe partecipare alla fase procedimentale fornendo - a titolo di esempio - pareri o chiarimenti che in qualche modo possono condizionare l’attività della commissione in sede di apertura e verifica delle offerte.

## **Volume consigliato**

### Note

[1] TAR Valle d’Aosta, n. 13/2019.

[2] Cons. Stato, Adunanza Plenaria, n. 13/2013.

[3] Cons. Stato, Sez. V, n. 2191/2014.

[4] Cons. Stato, sez. V, n. 2536/2018.

[5] Cons. Stato, sez. V, n. 1565/2015.

<https://www.diritto.it/la-collaborazione-del-rup-alla-stesura-di-un-atto-di-gara-genera-una-situazione-di-incompatibilita-con-la-partecipazione-alla-commissione-giudicatrice-a-condizione-che-lattivita-svolta-possa/>