

Le funzioni del presidente di Commissione e Rup

Autore: Alessandro Biamonte

In: Giurisprudenza commentata

L'**art. 77 comma 4 del d.lgs. 50/2016**, nella sua versione originaria disponeva che "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".

Con successiva modifica introdotta in sede di correttivo dall'**art. 46, comma 1, lett. d), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56**, il comma 4 è stato arricchito di un addendum ai sensi del quale "la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura".

Le funzioni di presidente di Commissione e Rup

In relazione alla individuazione della portata attribuibile alla prima versione dell'**art. 77 comma 4**, e se essa possa essere intesa in senso del tutto ostativo alla possibilità che **in un medesimo soggetto si cumulino le due funzioni di presidente di Commissione e Rup** (o presidente dell'ente aggiudicatore) una parte della giurisprudenza di primo grado ha restrittivamente inteso il comma 4, cogliendone il portato innovativo, rispetto alle corrispondenti e previgenti disposizioni del d.lgs. 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.

Ad integrazione e supporto di questa impostazione si è altresì evidenziato che la nuova regola del comma 4 è di immediata applicazione, non essendo condizionata dall'istituzione dell'albo dei commissari previsto dall'articolo 77, comma 2 (in questo senso T.A.R Latina, sez. I, 23 maggio 2017, n. 325; T.A.R. Brescia sez. II, 4 novembre 2017, n. 1306).

In favore di una lettura preclusiva del cumulo di funzioni si era espressa anche l'ANAC nel primo schema delle Linee Guida n. 3 che così recitava: "**il ruolo di RUP è incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice** (art. 77, comma 4 del Codice)". L'indirizzo dell'ANAC è mutato nel testo definitivo delle **Linee Guida** (poi approvate con determinazione dell'ANAC n. 1096 del 26 ottobre 2016) rielaborato, alla luce del parere del Consiglio di Stato n. 1767/2016, 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" (punto 2.2., ultimo periodo).

Un secondo e opposto orientamento giurisprudenziale ha invece interpretato l'art. 77 comma 4 in continuità con l'indirizzo formatosi sul codice preevigente, perevenendo alla conclusione che, **nelle procedure di evidenza pubblica, 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 (T.A.R. Veneto, sez. I, 7 luglio 2017, n. 660; T.A.R. Lecce, sez. I, 12 gennaio 2018, n. 24; T.A.R. Bologna, sez. II, 25 gennaio 2018, n. 87; T.A.R. Umbria, sez. I, 30 marzo 2018, n. 192).

Tale ultima opzione interpretativa sembra preferibile.

Esclusione di forme di automatica incompatibilità a carico del RUP

Innanzitutto, vi è ragione di dubitare che l'art. 77 comma 4, nella sua versione anteriore al correttivo, intendesse precludere al RUP la partecipazione alla Commissione. Una tale lettura era stata contestata dallo stesso Consiglio di Stato nel parere n. 1767, del 2 agosto 2016, reso ad **ANAC sullo schema di Linee Guida n. 3**, nel quale la Commissione speciale aveva così censurato l'impostazione espressa nel documento all'esame: "...la disposizione che in tal modo viene interpretata (e in maniera estremamente restrittiva) è in larga parte coincidente con l'articolo 84, comma 4 del previgente 'Codice' in relazione al quale la giurisprudenza di questo Consiglio aveva tenuto un approccio interpretativo di minor rigore, escludendo forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, quali quelle che le linee-guida in esame intendono reintrodurre (sul punto ex multis: Cons. Stato, V, n. 1565/2015). Pertanto, non sembra condivisibile che le linee-guida costituiscano lo strumento per revocare in dubbio (e in via amministrativa) le acquisizioni giurisprudenziali..." (vedasi il punto "Pag. 3, par. 1.2., terzo periodo" del parere 1767/2016).

A seguire, la stessa ANAC era giunta ad affermare l'inesistenza di una tale automaticità allorché, nel testo delle Linee Guida licenziato il 26 ottobre 2016, aveva fatto riferimento alla circostanza 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".

Un secondo e decisivo elemento esegetico è costituito dall'indicazione successivamente fornita dal legislatore, il quale, integrando il disposto dell'art. 77 comma 4, ha escluso 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.

Sembra dunque difficile negare che il correttivo normativo introdotto nel 2017 abbia svolto una funzione di ausilio ad una esegesi della disposizione che era già emersa alla luce della prima versione dell'art. 77. Siffatta soluzione, sebbene astrattamente opinabile se riguardata in relazione al tenore testuale della prima versione dell'art. 77, sembra tuttavia costituire l'esito ermeneutico maggiormente coerente con l'opzione che il legislatore ha inteso consolidare in via definitiva. A ciò aggiungasi che una lettura funzionale ad una uniforme applicazione della disposizione (pur nel mutamento della sua formulazione testuale) è da preferirsi anche sotto il profilo del riflesso che tale soluzione può assumere sulla continuità e sul buon andamento degli indirizzi della prassi amministrativa.

In questi stessi termini si è di recente espressa l'ANAC, con il parere di cui alla deliberazione n. 193/2018, ove - proprio con riguardo ad una fattispecie riconducibile alla prima versione dell'art. 77 comma 4 d.lgs. 50/2016 - si è chiarito 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" (e nello stesso senso si pone la precedente delibera ANAC n. 436 del 27 aprile 2017).

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/le-funzioni-del-presidente-commissione-rup/>