

Ma che differenze ci sono tra RUP e il dirigente/responsabile del servizio?

S. Usai (La Gazzetta degli Enti Locali 12/6/2018)

Il nuovo bando (disciplinare) tipo dell'ANAC n. 3/2018 relativo alle “*procedure aperte bandite dalle Amministrazioni che operano nei settori ordinari per l'affidamento di contratti pubblici di servizi di ingegneria ed architettura di importo pari o superiore ad euro 100.000, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo gli incarichi di ingegneria e architettura*”, come si legge nella nota illustrativa **deve considerarsi vincolante** per gli enti aggiudicatori aventi natura di amministrazioni aggiudicatrici a meno che gli appalti non siano strumentali ai settori speciali (in relazione ai quali il disciplinare si pone solo come indicazione virtuosa).

Il nuovo disciplinare – che si struttura sul modello generale del bando tipo n. 1/2017 – **ripropone alcune questioni da chiarire sui rapporti tra il RUP, commissione di gara, dirigente/responsabile del servizio (nel caso in cui questo con il RUP non coincidesse).**

L'esigenza di un approfondimento si impone, a sommosso parere, per la ribadita prerogativa del RUP (a prescindere dal fatto che coincida o meno con un dirigente e con il responsabile del servizio) di adottare provvedimenti definitivi “intermedi” nell'ambito della procedura contrattuale, quali, in particolare, i provvedimenti di esclusione per carenza di requisiti richiesti, per mancata risposta al soccorso istruttorio (da intendersi sia quello specificativo sia quello integrativo) ed infine, per anomalia dell'offerta.

Le indicazioni dell'ANAC

L'autorità anticorruzione nei bandi tipo (e non solo in quello più recente) attribuisce – in tema di adozione del provvedimento “intermedio” di esclusione – **una competenza potremmo dire diffusa.**

In sostanza, l'ANAC fa salva la competenza della stazione appaltante di ripartire alcune competenze tra diversi soggetti in relazione alla propria organizzazione interna e quindi, in caso di costituzione - ad esempio - di uno specifico ufficio per la verifica formale dei requisiti, la competenza di verifica della documentazione amministrativa, l'avvio del soccorso istruttorio e, nel caso, l'adozione del provvedimento di esclusione compete a questo “ufficio” ovvero al responsabile dell'ufficio (che può perfino non coincidere con il RUP). Altra possibilità è quella di strutturare un **seggio di gara** – rimesso, secondo chi scrive, al coordinamento/responsabilità del RUP oppure direttamente utilizzare questo soggetto (il RUP) che potrebbe avvalersi di responsabili di procedimento specifici.

In questo caso, quindi, gli adempimenti sopra sintetizzati (compresi i provvedimenti “intermedi”) secondo l'ANAC, competono a chi presiede il seggio di gara o direttamente al RUP. **Analoga precisazione deve essere espressa nel caso in cui la commissione rilevi ipotesi di esclusione che provvede a comunicare al RUP/seggio di gara/apposito ufficio-servizio.** E per come tale possibilità viene esplicitata (e sotto si riporto lo stralcio dal bando tipo in commento) il RUP, qualora il provvedimento venga adottato da altri rimane tenuto alle comunicazioni di cui all'[articolo 76 del codice](#).

Dal bando tipo n. 3/2018 (che riprende ciò che viene puntualizzato nei bandi tipo nn. 1 e 2.)

In qualsiasi fase delle operazioni di valutazione delle offerte, la commissione provvede a comunicare, tempestivamente al.....[RUP/seggio di gara/apposito ufficio-servizio] **le eventuali esclusioni** da disporre per:

- mancata separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica, ovvero l'inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti contenuti nelle buste A e B;

- presentazione di offerte parziali, plurime, condizionate, alternative nonché irregolari, ai sensi dell'art. 59, comma 3, lett. a) del Codice, in quanto non rispettano i documenti di gara, ivi comprese le specifiche tecniche;

- presentazione di offerte inammissibili, ai sensi dell'art. 59, comma 4 lett. a) e c) del Codice, in quanto la commissione giudicatrice ha ritenuto sussistenti gli estremi per informativa alla Procura della Repubblica per reati di corruzione o fenomeni collusivi o ha verificato essere in aumento rispetto all'importo a base di gara.

In tali casi il RUP procederà alle comunicazioni di cui all'art. 76, comma 5, lett. b) del Codice.

Questa articolazione delle competenze viene “riprodotta” nel caso di verifica della potenziale anomalia: **la commissione la rileva – secondo i criteri del codice - ma demanda la verifica effettiva al RUP (che può essere supportato anche dalla commissione) il quale adotta i provvedimenti di esclusione. Modalità queste, della verifica, che nel periodo transitorio possono essere accorpate nella commissione di gara.**

Il RUP ed i provvedimenti definitivi “intermedi”

L’aspetto che maggiormente, sotto il profilo istruttorio, lascia (giustamente) perplessi è **quello della competenza ad adottare provvedimenti (pur intermedi ma comunque definitivi) da parte di un soggetto (il RUP) che potrebbe non essere un dirigente e, soprattutto, non essere il responsabile del servizio.**

Non v’è dubbio che questa possibilità non appare coerente con i principi cardine dell’azione amministrativa ed in particolare (per tacer d’altro) con la legge 241/1990 ed in specie con l’articolo 6 in cui è chiaro che il compito del responsabile del procedimento è prettamente istruttorio (interno) e solo lo *status* “dirigenziale” (per, sia consentito, “natura” o per provvedimento del capo dell’amministrazione negli Enti locali ai sensi dell’[articolo 109 del decreto legislativo 267/2000](#)) consente l’adozione del provvedimento finale. Ma, si badi, provvedimento finale da intendersi quello realmente (pur non fisiologico vista la possibilità di non aggiudicare l’appalto) conclusivo del procedimento amministrativo **che è comunque cosa diversa dall’adozione di provvedimenti finali “intermedi”.**

Del resto, ed appare innegabile, il responsabile del procedimento può “*ordinare esibizioni documentali*” certo la legge sul procedimento puntualizza che senza “competenza” (ovvero senza le prerogative gestionali) il “dipendente” non può adottare il provvedimento finale.

Effettivamente, anche nel procedimento contrattuale, molti indizi concorrono ad evidenziare che l’articolazione dei “poteri” potrebbe essere la stessa.

Primo fra tutti il richiamo nel [comma 3 dell’articolo 31 del codice dei contratti](#) al fatto che “*il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990/2041 svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti*”.

Questa argomentazione, effettivamente, ha un certo rilievo anche perché il pregresso codice (art. 10 comma 2) – nella disposizione omologa – si esprimeva in termini molto differenti (non solo formali) puntualizzando che “*il responsabile del procedimento svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti*”. Mentre il comma 1, articolo 10 del pregresso codice, come già rilevato, richiama la legge 241/1990 **solo in relazione alla nomina**. Il punto è capire se il legislatore, in questa rimodulazione, intendesse esprimere effettivamente una indicazione nuova oppure – senza stare ad *arrovellarsi* – il problema non si è neppure posto.

Il nuovo codice

Dalla disposizione del nuovo codice, onestamente, non sembra si possa dedurre che il RUP, anche non dirigente, possa adottare provvedimenti definitivi “intermedi” – come appunto il provvedimento di esclusione - anche se la “chiusura” lascia aperta ogni possibilità. Il comma, come visto, si chiude con la precisazione che il RUP possa adottare sostanzialmente ogni provvedimento (delle 4 fasi della procedura contrattuale e del controllo sull’esecuzione del contratto) **che non sia specificatamente attribuito “ad altri organi o soggetti”.**

Nel caso dei provvedimenti finali è già la legge (legge 241/1990) che incardina la competenza sul dirigente/responsabile del servizio e c’è da chiedersi se la stazione appaltante **possa strutturare diversamente tale dinamica**. Secondo i bandi tipo dell’ANAC (ma anche tanta giurisprudenza che, oggettivamente, conosce tutte le fattispecie di RUP che adottano provvedimenti, che li trasmettono ai dirigenti, oppure casi in cui è la stessa commissione di gara – il presidente – ad adottare i provvedimenti di

esclusione) alcuni provvedimenti, come detto, definitivi pur intermedi (anzi solo intermedi) possono essere adottati dal responsabile unico del procedimento ma anche da altri soggetti.

Questa disposizione, a sommosso parere, è **vincolante** pur vero però che con adeguate motivazioni il procedimento può essere strutturato diversamente alla luce proprio del comma 3 citato. Pertanto, la stazione appaltante può prevedere:

1. una situazione in cui il RUP (soprattutto **se funzionario o dirigente**) possa adottare i provvedimenti definitivi “intermedi”;
2. una situazione in cui, addirittura, i provvedimenti in commento potrebbero essere adottati dal responsabile dell’ufficio/servizio appositamente “organizzato” per questo tipo di controlli (requisiti o verifica anomalia);
3. una situazione in cui tutti i provvedimenti definitivi competono – interpretando rigorosamente ai sensi della 241/90, art. 6 - al dirigente/responsabile del servizio;
4. una situazione in cui – ma valida e praticabile solo nel periodo intermedio – in cui il presidente della commissione di gara può adottare provvedimenti definitivi (come l’esclusione) “intermedi”.

In che modo l’articolazione delle competenze può esser giustificata?

Nei bandi tipo non si chiarisce perché – **sulla base di delega o cos’altro** - il RUP possa adottare atti definitivi “intermedi”. Si tratta, indubbiamente, di una “circostanza” che consente al sistema di funzionare in modo scorrevole e fisiologico.

Pur avendo, chi scrive, al lungo dubitato su questa possibilità, proprio per effetto delle disposizioni della legge 241/1990 e del decreto legislativo 267/2000 (per gli Enti locali) è **fuor di dubbio che l’adozione di certi atti direttamente senza il passaggio istruttorio appare essere più logico e lineare**. In primo luogo, appare coerente – a ben vedere – con il ruolo del RUP considerato il motore autentico del procedimento (tanto da far “sfumare” la rilevanza della figura del responsabile del servizio), in secondo luogo in nessun caso viene a mancare il controllo finale del dirigente/responsabile del servizio che “approva” (o meno) le risultanze del procedimento con peculiare riferimento alla proposta di aggiudicazione.

A ben vedere tali circostanze sono anche logiche: se il RUP è un super esperto per quali ragioni la sua competenza deve essere intermediata dal dirigente/responsabile del servizio?

L’inquadramento

Il punto è se inquadrare, sotto il profilo “giuridico” le prerogative delineate nei bandi tipo sul modello della delega.

A sommosso parere, a prescindere dalla questione dell’inapplicabilità di tale possibilità per il responsabile del servizio non dirigente (ai sensi dell’articolo 109 del decreto legislativo 267/2000), la questione non sembra potersi configurare in questi termini. Prima di tutto la delega ([art. 17, del decreto legislativo 165/2001](#)) risulta essere contingentata a ragioni di servizio “**specifiche e comprovate**” e non si può certo ritenere che l’attività contrattuale possa determinare esigenze particolari; poi si pone la questione delle delega ad adottare provvedimenti specifici come quelli dell’esclusione infraprocedimentale (forse nel caso della lettera b) primo comma).

Non potendosi, a parere di chi scrive, ipotizzare il ragionamento della delega (come già evidenziato anche dalla giurisprudenza contabile) l’altra possibilità è quella di ipotizzare un **“doppio” modello di azione amministrativa in cui la competenza – solo ed esclusivamente nel momento interno del procedimento amministrativo contrattuale - si struttura diversamente dalla declinazione, risalente nel tempo del resto, contenuto nell’[articolo 6 della legge 241/1990](#)**.

Doppio modello, volendo che può essere **anche considerato opzionale** ovvero rimesso al dirigente/responsabile del servizio ma tranquillamente praticabile soprattutto se il RUP è un dirigente o un funzionario di categoria D (per gli enti locali).

Il modello non dovrebbe essere attivato nel caso in cui il RUP appartenga ad una categoria inferiore (per gli enti locali una categoria C). **Naturalmente si impone però l'esigenza – per trasparenza rispetto agli appaltatori – di chiarire con il disciplinare “chi fa che cosa”. Ed in questo senso è utile proprio il disciplinare strutturato dall'ANAC.**

Le ragioni dell'opzione

Se dovessimo accettare il ragionamento – sempre più “forte” – che emerge dalla giurisprudenza anche recentissima, per cui firmare la determina a contrarre è solo una funzione formale del dirigente/responsabile del servizio dilatandola alle estreme conclusioni ovvero che anche approvare la proposta di aggiudicazione è funzione altrettanto formale, è evidente che le differenze di responsabilità tra proporre (ad esempio) l'esclusione o adottarla direttamente diventano sfumate.

Se si ritenesse, semplificando, che il modello di azione amministrativa delineato nella legge 241/1990 sia l'unico praticabile anche nel procedimento contrattuale (ovvero il responsabile del procedimento non dirigente non adotta alcun provvedimento ma lo trasmette al soggetto competente), il RUP propone l'adozione dell'atto da adottare **ed è comunque responsabile e dovrebbe comportarsi (anzi deve comportarsi) come se lo adottasse direttamente.** E' chiaro che il suo atteggiamento tecnico non può mutare per il fatto che a firmare il provvedimento sia altro soggetto (visto che, comunque, la proposta è firmata dal proponente e – in casi estremi - lo stesso provvedimento a valenza esterna – potrebbe addirittura avere una firma congiunta).

Nell'opzione, ipotizzando il modello parallelo nel solo ambito del procedimento contrattuale, **non solo si acquista in trasparenza ma, soprattutto, la stessa procedura ha uno sviluppo fisiologico e tempestivo senza “rimbalzi”, d'altronde – si ripete - se il RUP è il “super esperto” come vuole il codice non si capisce neppure perché non dovrebbe adottare quei provvedimenti infraprocedimentali cardine della procedura che solo lui può conoscere e presidiare “perfettamente”.**

Una considerazione interessante merita il caso in cui la stazione appaltante “deroghi” alla previsione del bando tipo declinando le varie competenze sui provvedimenti finali direttamente sul dirigente/responsabile del servizio e le “prerogative” dell'appaltatore che ritenga che tale *modus operandi* possa essere irrituale. In primo luogo, c'è da chiarire se il riparto di competenze possa essere ritenuto illegittimo e debba essere impugnato immediatamente o solo dopo la conclusione della procedura.

Se si ritiene che la stazione appaltante, nel corso del procedimento, possa discostarsi dalla propria legge di gara, l'impugnazione è quella successiva altrimenti deve essere immediata. **Il problema però si concentra sulla motivazione del riparto o meno delle competenze. Nel silenzio o nella poca chiarezza della legge tutto è possibile.**

La scelta della regione Sardegna

Compito della norma – e di ogni indicazione operativa o attuativa -, si perdoni l'ovvietà (o l'utopia) è quella di risolvere problematiche e non di crearle. In questo senso, a sommo parere, appare positivo quanto fatto con la recente legge regionale sugli appalti della Sardegna n. 8/2018 **che nell'ambito di una riscrittura delle funzioni del RUP – per alcune ancora da chiarire – introduce un distinguo tra il RUP dirigente ed il responsabile unico che non sia tale.**

L'articolo 35 (funzioni e compiti del responsabile di progetto) rispettivamente ai commi 6 e 7 chiarisce, in primo luogo, un po' come fa il codice, che il RUP svolge tutti i compiti (anche previsti negli “atti attuativi”, e le linee guida sono tali) **coordina gli eventuali responsabili di procedimento se nominati ma può nominarli direttamente solo se dirigente.**

Nel comma 7 si chiarisce che l'adozione dei provvedimenti amministrativi può competere al RUP (nella legge regionale si individua la figura del responsabile di progetto) **se dirigente** (sulla falsariga di quanto previsto dalla legge 241/1990), altrimenti il provvedimento viene proposta al *“dirigente dell'unità organizzativa competente”*.

E' indubbio che il chiarimento – al di là di alcune considerazioni su cui si tornerà e sul fatto che la possibilità

di avere una frammentazione tra diversi RUP è oggetto di impugnazione – **fornisce comunque un utile elemento istruttorio ammettendo comunque l'opzione del “doppio modello di azione amministrativa” se il RUP è un dirigente.** Si tratterebbe di capire poi quali provvedimenti amministrativi questi possa adottare solo quelli “infraprocedimentali” o anche l'aggiudicazione?

Ovviamente quest'ultima è da escludere per l'esigenza di assumere l'impegno di spesa, **salvo voler ammettere una determinazione di affidamento sganciata dall'impegno che verrebbe assunto con la stipula del contratto.**