

## **Della nomina del RUP e della pubblicità del relativo provvedimento nella recente giurisprudenza**

di Stefano Usai

Riveste un certo interesse pratico il recente pronunciamento del [TAR Lazio, Roma, Sez. I-bis del 13 giugno 2018, n. 6627](#) in tema forma del provvedimento di nomina del RUP e sulla necessità (o meno) della sua pubblicazione.

La vicenda ha coinvolto il Ministero della Difesa in relazione ad una procedura ristretta avviata dalla Marina Militare con bando pubblicato nella GUUE S12 del 18 gennaio 2017 per l'aggiudicazione di “*servizi di pulizia presso Enti e Comandi della Marina Militare*”, con una durata di anni quattro.

I ricorrenti (una RTI) si dolevano, per ciò che in questa sede interessa trattare, di alcune presunte violazioni commesse dalla stazione appaltante in relazione a specifici aspetti, in particolare (tra gli altri):

1. lo svolgimento in seduta riservata delle sedute di prequalificazione;
2. mancata nomina del responsabile unico del procedimento prima del bando e dell'invio della lettera d invito (desunta dalla “irreperibilità” dei correlati provvedimenti);
3. nomina del RUP a presidente della commissione di gara;
4. incompatibilità di membri della commissione per vincoli gerarchici (tra gli stessi).

### **Le riflessioni del giudice – prequalifica e pubblicità**

In relazione al primo aspetto – sedute pubbliche per la fase di prequalificazione - il giudice non condivide le affermazioni dei ricorrenti precisando come emerga da costante orientamento giurisprudenziale, **che la fase di prequalifica costituisce una fase autonoma e distinta rispetto alle fasi propriamente inerenti all'espletamento della procedura di gara.**

In particolare, si legge in sentenza, si tratta di una fase volta alla selezione delle imprese da invitare alla gara, ossia di una fase che – come posto in evidenza anche nella pronuncia del Consiglio di Stato n. 5789 del 2014, richiamata dalla parti resistenti – “*non deve essere assistita da pubblicità*” e ciò in ragione **non solo dell'insussistenza di una precisa norma che statuisca un obbligo di tale genere ma anche del rispetto del principio di concorrenza.**

### **Il provvedimento di nomina del RUP**

Sulla questione della nomina e del tempo (di nomina) del responsabile unico del procedimento (e delle commissioni di gara), la stazione appaltante ha evidenziato come siano stati adottati specifici **ordini di servizio.**

In relazione ai quali sempre l'amministrazione evidenzia anche – in quanto, evidentemente, risultante carente la pubblicazione – come “*l'omessa pubblicazione degli stessi non si presta – in ogni caso – a concretizzare una carenza tale da invalidare la procedura di gara, tanto più ove si tenga conto della pubblicità di ulteriori atti, idonei a rivelarne l'intervenuta adozione (cfr. – per quanto attiene, in particolare, il RUP (...) – il bando di gara)*”.

Tale impostazione – sulla mancata pubblicità - viene condivisa dal giudice ed appare ovvia considerato, in ogni caso, **che la stessa mancata individuazione determina il “confluire” delle**

**incombenze del RUP sul dirigente/responsabile del settore secondo il modello generale di cui all'[articolo 5, comma 2, della legge 241/90](#).**

La disposizione, ovvia, non viene riportata nel codice dei contratti visto il richiamo comunque alla legge sul procedimento amministrativo.

Da notare che invece, a titolo esemplificativo, la recente legge della regione Sardegna n. 8/2018, nell'articolo 34, comma 6 chiarisce che fino a quando il responsabile del procedimento (di progetto nella regione Sardegna) non venga nominato “*tale incarico è svolto dal dirigente dell'unità organizzativa titolare del potere di spesa*”. Interessante è anche annotare la tipologia, corretta, dell'atto di nomina del RUP, nel caso di specie un **ordine di servizio**.

Infatti, non si sottovaluti, la nomina del responsabile unico del procedimento è un atto tecnico/gestionale ed in particolare un atto di organizzazione del datore di lavoro. In questo senso, già, la seconda sezione Centrale di appello della Corte dei Conti n. 84, del 10 febbraio 2017 (addirittura con riferimento addirittura alla legge Merloni) ha chiarito che l'individuazione del RUP, in ogni caso, non è di competenza politica. Inoltre, il provvedimento di nomina del RUP **non deve assumere la “veste” di una determinazione** ma, come nel caso di specie, di un ordine di servizio o di un **decreto** (inteso come atto del dirigente/responsabile del servizio) il cui contenuto minimo risultava ben delineato dall'ANAC nel primo schema di Linee guida n. 3/2016 (**parte poi espunta nella redazione definitiva delle Linee guida n. 3**).

Il contenuto dell'atto di nomina/individuazione, sintetizzando, deve comprendere oltre che i riferimenti al soggetto “prescelto”, la motivazione che deve trovare adeguato supporto nei titoli posseduti (come indicati nelle linee guida n. 3) ed una valutazione di idoneità. Nel decreto di designazione andrà specificato soprattutto l'ambito e le prerogative di azione del RUP in tema di ammissione/esclusione dei concorrenti, utilizzo del soccorso istruttorio, fase di aggiudicazione.

Sempre a titolo esemplificativo, una sintesi del contenuto del provvedimento di nomina del RUP viene puntualizzata nella recente legge regionale della Sardegna, al comma 15, dell'articolo 34. Nel caso di specie, si legge che “*l'atto di nomina del responsabile di progetto indica:*

*- l'inquadramento professionale,*

*- il tipo di formazione,*

*- il livello di conoscenze e competenze, in funzione sia del titolo di studio e degli altri titoli di qualificazione, sia dell'esperienza professionale e le specifiche capacità organizzative e di coordinamento, tenuto conto della complessità e del valore del contratto da gestire”.*

Le indicazioni predette, oggettivamente, appaiono piuttosto articolate e sembrano condizionate dall'esigenza di assicurare – e quindi far emergere – una guida del procedimento contrattuale da soggetti realmente esperti nel settore.

Ovviamente, il dirigente/responsabile del servizio – a cui compete l'individuazione del RUP (o l'assegnazione a se stesso del procedimento) – potrà sintetizzare il contenuto a condizione, a sommo parere, **che emerge la professionalità peraltro imposta, a seconda del tipo dell'appalto, dalle Linee guida n. 3 e, soprattutto, l'ambito operativo.**

Non può sfuggire, lo si ripete, che dai bandi tipo dell'ANAC (sia il n. 1/2017 sia il n. 2 e 3/2018), si immagina una competenza "diffusa" anche in relazione all'adozione dei provvedimenti di esclusione "infraprocedimentali" che, secondo l'autorità anticorruzione competono al RUP (a prescindere dalla qualifica posseduta).

Si tratterebbe di chiarire definitivamente – ma il panorama è variegato – la possibilità di prevedere tale meccanismo anche negli enti locali (disciplinati dal [decreto legislativo 267/2000](#) che attribuisce, così come la legge 241/90 il potere sull'adozione degli atti "definitivi" a chi ha competenza gestionale).

Sempre nel caso della legge regionale della Sardegna, il legislatore isolano – art. 35, comma 7 - è rimasto ancorato alla disciplina della legge 241/90 **prevedendo che i provvedimenti amministrativi (afferenti il procedimento contrattuale) possono essere adottati solo se il RUP riveste una qualifica dirigenziale.**

Questo distinguo, come detto, non si palesa nelle indicazioni (fornite coi bandi tipo) dell'ANAC.

### **Quanti RUP sono necessari per il procedimento?**

Del tutto infondato, infine, il rilievo sul doppio RUP nel procedimento d'appalto. In realtà, registra il giudice, si è assistito semplicemente ad un avvicendamento (sostituzione) del RUP iniziale. La questione è interessante perché il vizio, ammesso che fosse risultato fondato, non avrebbe potuto, a sommosso avviso, assurgere a vizio di illegittimità caducante la procedura salvo una specifica dimostrazione di un "danno" tale da inibire partecipazione o condizionare l'aggiudicazione.

Anche in questo caso, è opportuno rammentare che la previsione di uno sdoppiamento di RUP (uno per la redazione degli atti ed uno per la fase dell'affidamento) risulta dalla legge regionale sarda più volte citata. La norma, come noto, è stata impugnata dal Consiglio dei Ministri per violazione delle disposizioni che impongono l'unicità della figura di competenza "statale". Inoltre, il RUP figurava presidente della commissione di verifica dei requisiti e non di quella di aggiudicazione.

### **Il RUP presidente di commissione**

La questione merita un approfondimento considerato che, secondo l'ANAC nelle [Linee guida n. 3](#), il RUP non presiede, di norma, le commissioni.

In effetti, si deve ritenere che la funzione di presidente di commissione integri, a tutti gli effetti, una funzione dirigenziale pertanto un RUP che non abbia la qualifica (o non risulti, negli enti privi di dirigenti, funzionario con decreto del capo dell'amministrazione) non possa fare il presidente. Questo, almeno, fino al vigore dell'albo in cui si prevede l'inserimento di soggetti anche non dirigenti.

### **Il rapporto gerarchico tra commissari**

Secondo questo giudice, i vincoli gerarchici tra commissari non si prestano "a rivelare possibili condizionamenti" con conseguente esigenza di una dimostrazione pratica di eventuali condotte patologiche.

Da notare, che in senso diverso ha avuto modo di esprimersi il [TAR Marche, Ancona, Sez. I con la sentenza n. 108/2017](#).

Secondo questo giudice, *“per un principio generale dell’ordinamento di settore, ma applicabile naturalmente anche ai concorsi pubblici, ogni commissario deve essere libero di svolgere in autonomia le proprie valutazioni, il che sarebbe fortemente ostacolato dal fatto che uno dei membri possa esercitare, anche inconsciamente, una qualche “pressione” su uno o più degli altri componenti”*.

Ed uno *“dei casi in cui tale “pressione” può manifestarsi si verifica proprio quando fra i commissari vi sono rapporti di dipendenza gerarchica”*. Tra l’altro, il vizio deve ritenersi a valenza invalidante *“ex se, a prescindere quindi dal fatto che in concreto non sia fornita la prova di uno sviamento di potere”*.

Si tratta di una decisione, quest’ultima, effettivamente non completamente condivisibile visto l’incidenza sulle normali dinamiche di nomina delle commissioni di gara, spesso – anche per carenza di organico – composte da soggetti presenti nello stesso servizio interessato dall’appalto (e quindi con inevitabili vincoli di gerarchia).