

Ancora sulle competenze del RUP nel procedimento contrattuale oltre la legge 241/90 (II Parte)

S. Usai (La Gazzetta degli Enti Locali 5/9/2017)

Nella [prima parte dei contributi](#) ci si soffermava – rielaborando alcune considerazioni espresse – sulla centralità del RUP nel procedimento e dell’attribuzione specifica allo stesso, in particolare da parte dell’ANAC, di poteri definitivi quali l’esclusione dalla competizione.

Se questo appare legittimo, come anche la giurisprudenza sembra confermare, vi è spazio per sostenere che tali poteri si situano, evidentemente in relazione ad un RUP che, ipotizzando un comune, non sia responsabile del servizio, **all'esterno della legge 241/1990**.

Legge come detto che attribuisce al responsabile del procedimento, **in termini generali (come modello generale)**, esclusivamente poteri istruttori.

La necessità di una revisione del *catalogo* dei poteri del RUP si pone per l’esigenza di ricercare un *modus operandi* che assicuri funzionalità **all'interno** del procedimento amministrativo contrattuale.

Perché se è vero quanto sostenuto da ANAC e dalla giurisprudenza (la prima che introduce poteri “decisori” del RUP la seconda che sembra tollerarli) e pur apparendo ciò in contrasto con le regole generali delineate dalla 241/90, si deve riconoscere che un sistema in cui siano ravvisabili alcuni poteri definitivi del RUP – in un ambito contingentato interno alla procedura contrattuale – determinano maggiore linearità e funzionalità.

Per comprendere questo è sufficiente riferirsi alla differenza tra una situazione in cui il RUP – anche non responsabile del servizio – procede direttamente con una esclusione (magari condivisa con il proprio responsabile di servizio) ad una diversa situazione (che chi scrive ha peraltro sempre sostenuto) in cui il RUP predisponga una “proposta” di esclusione per il soggetto dotato dei poteri gestionali (ai sensi dell’[articolo 6 della legge 241/90](#)).

È indubbio, per intendersi, che il primo sistema opera con maggior immediatezza tanto da poter indurre a ritenere che il legislatore a questo *modus operandi* **abbia pensato** ovvero **abbia ipotizzato** realmente un sistema, una articolazione di competenze non tanto in deroga alla 241/90 ma piuttosto oltre il modello generale **fino a delineare una sorta di modello parallelo/alternativo disponibile dal dirigente/responsabile del servizio (come si cercherà di spiegare più avanti)**.

Il modello di azione, pertanto, che deve essere preso in considerazione – introdotto in tema di attività contrattuale – non è più quello disegnato dall’articolo 6 della legge 241/90 (nel senso che non è necessariamente questo), ma può essere anche un altro in cui il dirigente/responsabile del attribuisce al RUP privo di poteri gestionali alcune prerogative che si risolvono all’interno del procedimento contrattuale e che poi, ovviamente, richiedono il suggello del responsabile del servizio (con l’approvazione dei verbali di gara e della proposta di aggiudicazione) che rimane, ai sensi dell’articolo 107 del decreto legislativo 267/2000, unico responsabile del complesso del procedimento di gara.

Un doppio modello nella conduzione dell’azione amministrativa

In sostanza, e semplificando, per dare fondamento a quanto sostenuto dall’ANAC e ammesso dalla giurisprudenza si deve ritenere che il codice dei contratti abbia stabilito/introdotto per il procedimento contrattuale un **modello diverso da quello generale delineato dalla 241/90 (art. 6)** in cui un responsabile del procedimento privo dei poteri gestionali e quindi impossibilitato ad adottare atti a valenza esterna si deve limitare ad un compito istruttorio ovvero preparare la proposta di provvedimento per il soggetto legittimato ad impegnare l’ente verso l’esterno.

Nel caso del procedimento d’appalto sono ipotizzabili quindi due modi di procedere (forse anche tre se si ammette un potere di adottare atti definitivi del presidente della commissione di gara almeno nel periodo transitorio).

Il primo è quello generale riconducibile alla 241/90, il secondo è quello specifico in cui alcuni compiti vengono attribuiti (senza scomodare la questione della delega che non sembra praticabile) al RUP privo di poteri gestionali.

Tale lettura troverebbe quindi il suo fondamento normativo nel comma 3 dell’art. 31 del codice dei contratti – che solo a prima lettura appare innovativo rispetto al pregresso ordinamento – in cui si legge che il RUP ai sensi della legge 241/90 “*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*”.

Il richiamo alla 241/90, **per dare funzionalità e concretezza** al sistema ipotizzato dall’ANAC e ammesso in giurisprudenza, deve essere inteso non come innovativo **ma confermativo** di quanto già emergeva con il pregresso codice (comma 1, art. 10 del decreto legislativo 163/2006) in cui il richiamo alla 241/90 era riferito direttamente **alla nomina e non ai compiti** come sembra emergere dall’attuale comma 3.

Il carattere in realtà confermativo trova anche un fondamento, se vogliamo, nella volontà del legislatore di ridurre la “quantità” delle norme, obiettivo che si è realizzato, in realtà, attraverso un accorpamento indiscriminato.

Compiti che non siano specificatamente attribuiti ad altri soggetti

Anche a voler dare un carattere innovativo – come anche fatto da chi scrive – e quindi una sorta di ripensamento del legislatore che collega la 241/90 piuttosto che alla nomina alla “gestione” dei compiti, **l’inciso contiene un riferimento che richiede di essere sostanziato**.

Ci si riferisce al fatto che, dal dato testuale, il RUP svolge tutti i compiti che non risultino “*specificatamente*” attribuiti ad altri soggetti o organi.

Nel caso di compiti attribuiti ad altri organi la questione interpretativa è abbastanza semplice: si pensi alla questione della valutazione delle offerte nell’appalto da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Per tacer d’altro, il primo comma dell’articolo 77 del codice è sul punto ineccepibile attribuendo tale incombenza alla commissione.

Il problema è quello di individuare competenze specifiche non attribuite **ad altri soggetti** (e, su tutti, il dirigente/responsabile del servizio che abbia individuato il RUP). E, soprattutto, chiarire se tale individuazione deve essere necessariamente legislativa o possa avvenire anche con atti amministrativi (ad esempio il decreto di nomina del responsabile unico del procedimento o anche atti di indirizzo generale).

Per quest’ultimo caso, si ipotizzi l’indirizzo giuntale (o anche regolamentare) che disponga che i RUP possano o non possano far parte delle commissioni di gara (con aumento o sottrazione, quindi, di competenze).

Sulla fonte abilitata alla specificazione dei compiti, e ciò dovrebbe essere un dato utile per le conclusioni a cui si vuole giungere, **la norma nulla dice e, normalmente, il rinvio alla legge viene sempre specificato quando si tratta di fissare delle competenze**.

Se così è, allora il dato normativo introduce, come detto, **un nuovo modello alternativo** – solo per i procedimenti contrattuali – **a quanto previsto nell’articolo 6 della legge 241/90 ovvero al modello che dobbiamo definire come generale per l’azione amministrativa**.

Vi è anche spazio, forse, per definire questo modello non in deroga alla legge 241/90 ma piuttosto semplicemente alternativo **che può essere strutturato e deciso dalla stazione appaltante** (dal dirigente/responsabile del servizio interessato).

Dipende, in sostanza, dalla struttura, dall’organo dell’ente. Per intendersi, si pensi al caso dei piccoli enti in cui il responsabile del servizio è una categoria D che fa parte dell’area delle posizioni organizzative e, tra i propri collaboratori, dispone solamente di categorie C che pur avendo i titoli (almeno) esperienziali per fare il responsabile unico del procedimento, decide che le relative incombenze vengano esclusivamente ricondotte – per valutazioni anche di opportunità – nell’alveo dell’articolo 6 della legge 241/90.

Si pensi invece a strutture più ampie in cui il RUP sia addirittura un dirigente (non responsabile del servizio).

In questo caso – che poi è quello affrontato dalla giurisprudenza – ben potrebbe, questo soggetto, essere gravato di **compiti/poteri definitivi** nell’ambito del procedimento contrattuale (ammissioni, esclusi non certo impegni di spesa per quanto si dirà più avanti).

Questo modello di azione potrebbe attecchire anche in un ente in cui il responsabile del servizio disponga di categorie D (che possono svolgere le funzioni del RUP anche per titolo e non solo per l’esperienza).

Riassumendo quindi, il codice – nella visione dell’anticorruzione e frequentatissima nella pratica applicativa (da quanto si legge in tante sentenze) – avrebbe introdotto una diversa possibilità di strutturare il procedimento amministrativo contrattuale con scostamenti dal modello generale. Il tutto per consentire maggiore funzionalità nella procedura: viene individuato un responsabile unico che all’interno del procedimento può compiere anche atti di tipo definitivo.

E la scelta del dirigente/responsabile del servizio dovrà essere attentamente meditata avendo questi anche la possibilità di operare con il modello ordinario (della 241/90).

Questa riflessione, a ben vedere, sembra anche coerente con il tentativo dell’ANAC di professionalizzare in modo estremamente significativo il RUP tanto da potersi tranquillamente sostenere che nell’ambito dell’attività contrattuale questo risulta essere anche più titolato dello stesso responsabile del servizio.

Non ultimo, e non lo si consideri una banalità, anche l’utilizzo dell’acronimo (pur per economizzare/semplificare) sembra coerente con l’esigenza di incardinare la figura in un contesto ben più rilevante e specifico.

Gli atti che può compiere il RUP nel procedimento contrattuale

Gli atti che, alla luce di questa ricostruzione, il RUP non responsabile del servizio può compiere – limitandoci alla fase pubblicistica vera e propria visto che quella dell’esecuzione lo vedrà come protagonista - riguardano, come detto, quelli interni del procedimento fino alla redazione della proposta di aggiudicazione.

In particolare, potrà condurre la fase dell’escussione della documentazione amministrativa e quindi, nell’ambito di questa, avviare il soccorso specificativo e quello integrativo giungendo quindi anche alle esclusioni; stabilire le ammissioni; condurre, facendosi anche supportare, la verifica dell’anomalia giungendo ad escludere in caso di rilevata incongruità.

In tema si può citare anche la recentissima sentenza del [TAR Puglia, Bari, sez. II, del 22 agosto 2017, n. 932](#) che, oltre a confermarne la competenza, ha precisato che il RUP deve assumere la responsabilità delle valutazioni effettuate da altri soggetti/organi come la commissione di gara nel caso in cui, di questa, abbia deciso di avvalersi. **In questo caso, il**

giudice ha accertato che i risultati della verifica erano stati convalidati dal RUP legittimando, quindi, l'azione della stazione appaltante.

Nella fase pubblicistica, i compiti del RUP, non responsabile del servizio, si esauriscono con la predisposizione della proposta di aggiudicazione, cioè ovvero la redazione della determina di aggiudicazione (ancora non efficace).

La determina, infatti, conterrà (o potrà contenere) l'impegno di spesa che non può che competere al dirigente/responsabile del servizio proprio perché tale compito è espressamente attribuito a questo (oltre che dal [decreto legislativo 165/2001](#) anche dall'[art. 107 del decreto legislativo 267/2000](#)).

Predisporre anche la proposta di determina di nomina della commissione di gara, sicuramente nel caso in cui insistano componenti esterni (anche in questo caso è necessario l'impegno di spesa).