

L'incompatibilità del RUP da "interferenze" nelle funzioni della commissione di gara

di Stefano Usai

Data di pubblicazione: 14-6-2018

1. L'inquadramento della problematica; 2. La predisposizione della legge di gara; 3. La competenza decisoria; 4. La posizione del RUP e del responsabile del servizio rispetto alla procedura contrattuale; 5. La decisione sul "contenuto" della legge di gara; 6. La modifica del codice dei contratti; 7. Incompatibilità nel (solo) caso di "interferenza"

1. L'inquadramento della problematica

E' abbastanza noto – già con il pregresso codice degli appalti – che una delle incompatibilità, a far parte delle commissioni di gara, dai contorni non ben definiti (o se si preferisce, variabili) è quella che di determina dall'aver predisposto la legge di gara. Da intendersi – come emerso in giurisprudenza – non una semplice collaborazione (in questo senso, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 2536/2018), ma un ruolo decisivo nella definizione delle regole della gara.

L'esigenza di terzietà, in realtà non rinvenibile neppure nella legge sul procedimento amministrativo (ai sensi dell'articolo 6 della legge 241/90 che ammette la possibilità che il responsabile del procedimento – se competente ovvero con poteri gestionali – possa adottare il provvedimento definitivo) sembra imporsi invece in relazione alla procedura contrattuale e quindi, in particolare, nell'appalto da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, fondato pertanto su una valutazione "discrezionale" che deve risultare esente da condizionamenti.

Condizionamenti presunti – soprattutto in passato - nel caso in cui chi predisponga le regole da applicare venga anche chiamato anche alla loro concreta applicazione (al netto di altre incompatibilità ovviamente).

La situazione in esame viene riprodotta, ad onor del vero con le stessa "ambiguità" del pregresso codice anche nel nuovo codice dei contratti ed in specie nel comma IV dell'articolo 77.

Incompatibilità, in generale, oggi estesa anche al presidente della commissione di gara a differenza di quanto stabiliva l'art. 84 del decreto legislativo 163/2006.

Previsione, l'estensione dell'incompatibilità comma 4 dell'articolo 77 del codice dei contratti, che prelude, quanto alla sua applicazione, o pare essere condizionata – secondo una parte della giurisprudenza – dalla predisposizione dell'albo dei commissari a gestione ANAC di cui al successivo articolo 78.

Circostanza, la previsione dell'albo dei commissari esterni, che sembra – secondo la giurisprudenza di primo grado (ma smentita anche dall'ANAC) – condizionare anche il vigore del meccanismo di incompatibilità di cui al comma IV dell'articolo 77 applicandosi, sempre secondo questo orientamento, minoritario (tra le più recenti, Tar Puglia, Bari, sez. I, sentenza n. 559/2018), la disciplina rinvenibile nella norma abrogata dell'articolo 84 del pregresso codice.

2. La predisposizione della legge di gara

La questione della predisposizione della legge di gara, secondo aspetti pratico/operativi forse non ancora “illuminati” in giurisprudenza, coinvolge – almeno come punti di riferimento “terminali” senza considerare le collaborazioni interne ed estemporanee -, se non coincidessero, il dirigente/responsabile del servizio ed il responsabile unico del procedimento (nel prosieguo solo RUP).

Nel caso ipotizzato, in cui il responsabile del servizio non sia anche RUP, quest'ultimo è un *collaboratore* del primo nel senso che è un dipendente (magari anche di ruolo dirigenziale) “subordinato” al responsabile del settore. E l'assegnazione delle funzioni di responsabile unico del procedimento rappresentano una organizzazione interna di lavoro – una disposizione del “datore” di lavoro – che consente, al soggetto individuato di operare in totale autonomia.

Il RUP, in questo caso, è un soggetto *istruttore* che propone – e non può approvare con rilevanza esterna – la legge di gara.

A sua volta, potrà avvalersi di altri responsabili di procedimento di volta in volta scelti in base alle competenze per la redazione del capitolato (o parti di questo), atti e schede tecniche, per la predisposizione dello stesso bando di gara o della lettera di invito.

Ma tutte queste “collaborazioni” o contributi resi da vari responsabili di procedimento vengono però sintetizzati, portati ad *unità* (per quanto concerne la responsabilità), nel RUP che collazionerà la legge di gara da presentare, per l'approvazione (a valenza esterna) da parte del dirigente/responsabile del servizio.

Il RUP, sostanzialmente, altro non è che un momento di sintesi di un lavoro – soprattutto in relazione alle procedure complesse – che coinvolge più professionalità/soggetti.

3. La competenza decisoria

Così sintetizzata, la competenza, una di tipo istruttorio (del RUP) l'altra a valenza esterna, formale, del responsabile del servizio c'è da chiedersi quale soggetto in realtà approvi la legge di gara. E' chiaro che l'approvazione vera e propria, il contributo “decisorio” non è che quello del responsabile del servizio dotato delle competenze gestionali/dirigenziali ed in grado

di dare al provvedimento la valenza esterna (e ad impegnare la stazione appaltante verso l'esterno).

Tale "approvazione" però, è stata ritenuta in giurisprudenza, tra l'altro l'orientamento prevalente, come un mero compito d'ufficio privo di rilevanza sostanziale. In questo senso, e solo per citare le più recenti, il Consiglio di Stato, sez. III, n. 2835/2018.

La problematica che però andrebbe chiarita definitivamente è cosa si intende per apporto "decisorio".

4. La posizione del RUP e del responsabile del servizio rispetto alla procedura contrattuale

Il RUP, se appunto non coincide con il responsabile del servizio (dirigente o attributario di poteri dirigenziali – come può accadere negli enti locali privi di dirigenti – con decreto del capo dell'amministrazione ai sensi dell'articolo 109 del decreto legislativo 267/2000) non "decide" nel senso che la decisione sulla formalizzazione della legge di gara non gli compete.

Trattandosi di compito "dirigenziale" rimesso – come la responsabilità complessiva della procedura – al dirigente/responsabile del servizio.

Si possono, certo, ipotizzare casi in cui – al di fuori degli enti locali – il RUP magari dirigente approvi la legge di gara con proprio provvedimento secondo uno schema diverso però da quanto delineato dall'articolo 6 della legge 241/90.

Articolo che, al comma 1, lett. e) rimette l'approvazione definitiva del provvedimento al soggetto competente intendendo in questo modo il titolare dei poteri gestionali/dirigenziali.

Ora, alla luce di quanto, risulta difficile ritenere che il RUP abbia un vero e proprio potere decisorio in quanto la sua azione è limitata alla proposta. Non solo, il RUP se non è dirigente neppure acquisisce tali prerogative per l'incarico stesso.

Mentre il potere "decisorio" dovrebbe essere (in realtà è) rimesso in capo al responsabile del servizio. Situazione, questa, letta dalla giurisprudenza dominante come attività meramente formale o d'ufficio e quindi non come reale approvazione degli atti.

Aspetto, a sommo parere, che non appare perfettamente condivisibile considerato che il dirigente/responsabile del servizio potrebbe non solo respingerne l'approvazione (in modo motivato) ma addirittura suggerire – e non imporre – delle modifiche sempre con adeguata motivazione, giungendo, in casi estremi addirittura a revocare l'incarico (sempre in modo dettagliatamente motivato) ed adottare direttamente la legge di gara (facendo confluire, evidentemente, le prerogative del RUP sulla propria persona).

5. La decisione sul “contenuto” della legge di gara

Se quanto rilevato corrisponde alla realtà pratico/operativa – ed è effettivamente così – in realtà chi decide, ad esempio sull’articolazione (e sulla tipologia) dei criteri che costituiscono i parametri di valutazione dell’offerta tecnica, è il dirigente/responsabile del servizio non il RUP il quale ha sicuramente “progettato” e proposto la griglia degli aspetti - e correlati punteggi da assegnare – da valutare.

In definitiva, a ben vedere, entrambi i soggetti hanno pensato e realizzato le varie articolazioni della legge di gara ma, se si parla di apporto decisivo, non v’è dubbio che questo sia del dirigente/responsabile del servizio che realmente approva gli atti per la gara ma non solo per dovere d’ufficio.

Non può sfuggire che nel momento in cui procede, il responsabile del servizio svolge – deve svolgere - sicuramente un compito di controllo/verifica non solo di tipo formale ma anche sostanziale.

Compiti di controllo/verifica a cui non si può sottrarre pensando che l’unico responsabile della procedura sia il RUP.

Circostanza, peraltro, per gli enti locali “smentita” chiaramente dall’articolo 107 del decreto legislativo 267/2000.

6. La modifica del codice dei contratti

Il riferimento alla incompatibilità che scaturisce dall’aver predisposto la legge di gara dovrebbe, probabilmente, trovare una migliore specificazione proprio alla luce di quanto sopra riportato ed al fine di *stemperare* il forte conflitto e le continue censure portate innanzi al giudice amministrativo.

Lo stesso riferimento alla predisposizione della legge di gara, come visto, si colora di sfumature importanti considerato che il RUP si limita a proporla al proprio responsabile del servizio che, se del caso, l’approva integralmente o con modifiche (anche) apportate personalmente.

E’ pur vero che una esigenza di terzietà può coinvolgere comunque anche un RUP solo istruttore che comunque ha “congegnato” le regole della gara ma, allora, anche la recente modifica (apportata con il decreto legislativo correttivo n. 56/2017) per cui è la stazione appaltate che “decide” sulla incompatibilità del RUP a far parte della commissione di gara, appare fuorviante o, addirittura, “pericolosa” per l’aggravio probatorio imposto

sull'appaltatore. L'intensità di questo risulterà condizionata dallo "spessore" della motivazione.

Si pensi al caso in cui la presenza del RUP in commissione venga giustificata proprio per il fatto che questo si limita ad istruire/proporre la legge di gara e non ad approvarla, con ciò disconoscendo l'apporto decisivo.

Oppure con riferimento anche al caso, più frequente di quanto si possa immaginare, che il dirigente/responsabile del servizio abbia proposto delle modifiche (anche sui criteri di valutazione) al RUP e questi le abbia condivise.

In questi casi, la potenziale incompatibilità dovrebbe allora *spostarsi* sul dirigente/responsabile del servizio che non potrebbe presiedere la commissione di gara (ai sensi del comma IV dell'articolo 77 del codice dei contratti) o comunque farne parte nel ruolo di RUP o di "semplice" esperto.

Ma la recente giurisprudenza tende a ricondurre tale funzione (coincidenza presidente commissione di gara/responsabile del servizio, soprattutto negli enti locali, come un compito d'ufficio e quindi secondo le interpretazioni note ed adottate nel regime pregresso della c.d. *fictio iuris*).

In questo senso, a titolo esemplificato, il Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, sentenza del 22 gennaio 2018 n. 32 che per gli enti locali ha ritenuto prevalente il disposto di cui all'articolo 107 del decreto legislativo 267/2000 rispetto alle incompatibilità di cui all'articolo 77, comma 1, del codice dei contratti.

Concetto – della *fictio iuris* che esclude ogni incompatibilità - ancora valido, probabilmente, nel periodo transitorio nonostante le diverse posizioni espresse dall'ANAC (tra le altre, il parere espresso con la deliberazione n. 27/2017) .

7. Incompatibilità nel (solo) caso di "interferenza"

L'attuale giurisprudenza – che ha comunque preso spunto dall'orientamento pregresso sull'articolo 84 del decreto legislativo 163/2006 – ai fini della incompatibilità del RUP a far parte della commissione di gara, escludendo ogni automatismo (e, pertanto, la sola predisposizione della proposta di legge di gara non dovrebbe più essere sufficiente ad inibirne la partecipazione in commissione), tende a valorizzare eventuali interferenze nello sviluppo fisiologico del procedimento e dei compiti della commissione di gara.

Per tutte, in questo senso, il Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 2536/2018 in cui si chiarisce che "*l'incompatibilità è configurabile solo per i commissari che abbiano svolto un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'appalto, in grado cioè di incidere*

sul processo formativo della volontà che conduce alla valutazione delle offerte potendo condizionarne l'esito".

Il problema, pratico, è la chiara definizione di "interferenza" ed in che modo l'appaltatore possa fornire una prova circostanziata.

Eventuali interferenze (patologiche), dirette a condizionare lo sviluppo ordinario del procedimento, dovrebbe emergere dai verbali di gara ma è ipotizzabile che, risultando "prova provata" i verbali della commissione non conterranno questi dettagli.

Si pensi al caso che due commissari su tre (al netto del RUP) propendano per una data applicazione delle regole della legge di gara ed il responsabile unico ne proponga una diversa e riesca a farla addirittura a prevalere. E' chiaro che questa circostanza appare, evidentemente, non corretta o andrebbe chiarita.

Se il RUP fa parte della commissione di gara, necessariamente "interferisce" (non in accezione negativa) – allo stesso modo dei vari componenti - con i lavori della commissione proprio nella sua qualità di componente valutatore/giudicatore.

Ma c'è di più, il RUP, quale motore/suggeritore/sollecitatore del procedimento di gara, potrebbe interferire in qualsiasi momento "condizionando" finanche la conduzione della procedura di aggiudicazione pur non facendo parte dell'organo giudicatore.

Potrebbe farlo anche nelle vesti di segretario (nominato) della commissione di gara e quindi non componente né votante.

Ed allora l'onere probatorio dell'appaltatore si fa arduo ma al contempo si "sostanziano" i casi in cui l'incompatibilità o l'interferenza possono essere censurati. Evitando il rilievo oramai "stereotipato" della incompatibilità desunta dall'aver (semplicemente) proposto la legge di gara dovendo, invece, spingersi ad individuare il "comportamento" patologico.

Sembra, anzi, che il riferimento alle interferenze si collochi su un piano diverso dalla incompatibilità derivante da incarichi assegnati.

Alla luce di quanto, la stessa modifica codicistica potrebbe non risultare utile non apparendo neppure chiaro il tenore della motivazione che il responsabile del servizio dovrà indicare nella determina di nomina della commissione di gara potendo il RUP, pur avendo solo proposto la legge di gara, portare un potenziale di "interferenze" difficilmente prevedibile dalla stazione appaltante, al pari degli altri commissari di gara.