



**Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo**

Pubblicata in internet all'indirizzo [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

**Direzione scientifica**

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

**Direttore Responsabile**

Marco Cardilli

**Redazione**

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2019

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

#### Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Calonge Velázquez, Gaetano Caputi, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Luca Raffaello Perfetti, Alessandra Pioggia, Helene Puliati, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Antonio Felice Uricchio.

#### Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Ambrogio De Siano, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Marcin Princ, Ramón Terol Gómez.

#### Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

# Il responsabile unico del procedimento nella fase di affidamento di gare pubbliche. Principali problematiche alla luce del codice dei contratti pubblici, delle linee guida ANAC e dei recenti sviluppi giurisprudenziali.

di Riccardo Esposito

(Avvocato amministrativista)

## Sommario

1. Breve premessa 2. Cenni sulla previgente disciplina. 3. La disciplina del RUP nel d.lgs. 50/2016 e le linee guida ANAC. 3.1 La nomina per ogni singola procedura. 3.2 I requisiti. 3.3 Carenza in organico. 3.4 Il ruolo del RUP. 4. I compiti del RUP nella fase di affidamento. 5. Questioni maggiormente problematiche. 5.1. Il RUP presidente o componente della commissione giudicatrice. 5.2 Aspetti operativi sull'incompatibilità in concreto. Rapporti tra i poteri del RUP e quelli del responsabile del servizio nella predisposizione degli atti di gara. 5.3 I poteri del RUP in sede di approvazione dei provvedimenti intermedi della procedura ad evidenza pubblica: le ammissioni/esclusioni e la verifica dell'anomalia. 5.3.1 Le ammissioni e le esclusioni ad esito della verifica della documentazione amministrativa. 5.3.2 La verifica dell'anomalia ed il conseguente provvedimento di estromissione. 5.4 Gli eventuali poteri del RUP in sede di adozione dei provvedimenti conclusivi della procedura: aggiudicazione e revoca degli atti di gara.

## Abstract

The essay, after reviewing the rules governing the “*responsabile unico del procedimento*” (RUP), sheds light on some specific issues of the relevant regulation that have recently led to the affirmation that the new discipline of the RUP (as integrated by the ANAC – National Anti-Corruption Authority – and interpreted by the jurisprudence) has introduced a further model of administrative action, different from that governed by the law n. 241/1990. This is particularly the case where it is envisaged that the RUP, even when not endowed with managerial powers, can put in place intermediate conclusive acts of the sub-proceedings of its competence (*i.e.* admissions, exclusions, verification of the anomaly of the offer), which are binding for administration towards third parties.

## 1. Breve premessa.

La figura del responsabile unico del procedimento nel settore degli appalti pubblici (nel seguito “RUP”) non ha tradizionalmente suscitato un particolare interesse della dottrina. La maggior parte dei contributi che si sono occupati dell’istituto, pur enfatizzando l’importanza del RUP come motore del procedimento, si sono limitati, tuttavia, nella maggior parte dei casi, a considerare tale figura come una “declinazione” più articolata dell’istituto generale già disciplinato dagli artt. 4 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241 (nel seguito “legge n. 241/1990”), a suo tempo introdotto nell’ordinamento allo scopo di fornire al cittadino/utente della pubblica amministrazione – e anche ai fini della responsabilizzazione di quest’ultima – un preciso riferimento istruttore che compie e/o fa compiere una serie di atti per giungere al provvedimento finale<sup>1</sup>.

In un primo momento, difatti, si è ritenuto che il RUP nel settore degli appalti pubblici costituisse una mera duplicazione della figura già conosciuta nella disciplina della legge generale sul procedimento amministrativo sul responsabile del procedimento (anche in forza del richiamo espresso contenuto nel codice dei contratti pubblici). Tale impostazione, pur muovendo da un assunto dogmaticamente corretto, tuttavia, rischia di non considerare i numerosi elementi di specificità e originalità caratterizzanti la figura del RUP nel settore della contrattualistica pubblica, che sono progressivamente aumentati nel tempo in forza di significative modifiche legislative, degli interventi di *soft law* operati dall’ANAC e delle numerose pronunce giurisprudenziali che si sono interessate alla figura, anche

---

<sup>1</sup> Senza alcuna pretesa di completezza, sull’istituto del responsabile del procedimento di cui agli art. 4 e ss. della legge n. 241/1990 si rammentano: M. OCCHIENA, *Il “nuovo” responsabile del procedimento, la responsabilità dei dirigenti pubblici e il labile confine tra la politica e l’amministrazione*, in *Diritto e Società*, 2006; L. PIAZZA, *Il procedimento amministrativo alla luce della legge statale n. 35/2012*, in *Diritto Amministrativo*, 2012; M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall’entrata in vigore della legge n. 241*, in *Diritto Amministrativo*, 2000; F. ROMANO, *La responsabilità del funzionario pubblico nel nuovo diritto amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2000; E. SANNA TICCA, *Ruolo del responsabile del procedimento amministrativo e comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza: spunti di riflessione*, in *www.giustamm.it*, 2006; S. TARULLO, *Il meccanismo di sostituzione interna per la conclusione dei procedimenti amministrativi introdotto dal D.L. semplificazione n.5/2012. Notazioni a prima lettura*, in *www.giustamm.it*, 2012; S. Tarullo, *Il responsabile del procedimento tra amministrazione solidale e collaborazione procedimentale*, in *www.giustamm.it*, 2009; R. TOMEI, *La nuova disciplina dell’azione amministrativa*, Padova, 2005; L. TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010; S. USAI, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2012; S. USAI, *Note pratiche sul responsabile del procedimento: dalla legge 241/1990 all’imminente regolamento attuativo del codice degli appalti*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 5.10.2010; S. USAI, *Note pratiche sul responsabile del procedimento: dalla legge 241/1990 all’imminente regolamento attuativo del codice degli appalti*, *La Gazzetta degli Enti Locali*, Santarcangelo di Romagna (RN), 21.09.2010; P.M. VIPIANA PERPETUA, *Il procedimento amministrativo*, Padova, 2010; A. ZITO, *Brevi riflessioni sul ruolo del responsabile del procedimento nei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni dopo la legge 11 febbraio 2005, n.15*, in *www.giustamm.it*, 2005; A. ZITO, *Considerazioni sui profili funzionali del procedimento alla luce della legge n. 241 del 1990*, in *www.giustamm.it*, 2006; A. ZITO, *Compiti del responsabile del procedimento*, Torino, 2005.

al fine di delimitarne – o piuttosto ampliarne – gli ambiti di operatività nelle varie fasi della procedura ad evidenza pubblica<sup>2</sup>.

Nel presente contributo, dopo aver passato brevemente in rassegna la disciplina dell'istituto, si proveranno a mettere in luce alcuni elementi di specificità che hanno

<sup>2</sup> I contributi di dottrina sul RUP sono molto numerosi; senza alcuna pretesa di completezza ed omettendo quelli contenuti nei vari commentari relativi alle disposizioni relative ai lavori succedutesi nel tempo, si rammentano: C. SILVESTRO, *Requisiti del responsabile unico del procedimento per la realizzazione di lavori pubblici* (Nota a C. Stato, sez. I, 3 marzo 2004, n. 304), in *Urbanistica e appalti*, 2005, 460; A. PONTI, in *Le problematiche afferenti alla nomina del responsabile unico del procedimento*, in *Nuova rass.*, 2002, 1786 e in *Comuni d'Italia*, 2002, 1481; S. BANDINI ZAGNINI, *Il responsabile del procedimento negli appalti di opere pubbliche*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2002, 191; P. SANTORO, *Il responsabile del procedimento dei lavori pubblici: quali responsabilità?*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2001, fasc. 2, 99; A. PONTI, *Il responsabile del procedimento ed il documento preliminare alla progettazione*, in *Nuova rass.*, 2001, 575; A. PAGANO, *Il responsabile del procedimento nella normativa sui lavori pubblici*, in *Danno e resp.*, 2001, 682; G. GUASPARRI, *Il responsabile del procedimento nei ll.pp.: responsabilità*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 2001, 325; C. GALTIERI, *Le funzioni del responsabile unico del procedimento per la realizzazione dei lavori pubblici: ruoli e competenze*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 2001, 387; G. M. DONATO, *La corresponsione dell'incentivo al responsabile unico del procedimento*, in *Nuove autonomie*, 2001, 729; G. CASTRONOVO, *Adempimenti del direttore dei lavori e del responsabile del procedimento all'indizione del bando di gara e alla stipulazione del contratto*, in *l'Amministrazione Italiana*, 2001, 839; G. CASTRONOVO, *Bando di gara e stipulazione del contratto: adempimenti preliminari del direttore dei lavori e del responsabile del procedimento*, in *Nuova rass.*, 2001, 930; S. GLINIANSKI, *Il responsabile unico del procedimento per la realizzazione di lavori pubblici*, in *Nuova rass.*, 2000, 1992; R. MARCIANI, *Il responsabile del procedimento nel d.p.r. 554/99: prime riflessioni*, in *Riv. amm. appalti*, 2000, 97; N. NITTI, *Il responsabile del procedimento nei lavori pubblici - Dalla programmazione al collaudo - Funzioni di scelta e di controllo*, in *Nuova rass.*, 2000, 1516; A. POZZI, *Notazioni sulla figura del responsabile del procedimento con particolare riferimento alla legge Merloni ter*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1999, 328; G. RUGGERI, *Il responsabile del procedimento, la redazione dei progetti e la direzione dei lavori nella l. 109/1994 sui lavori pubblici*, in *Nuova rass.*, 1998, 2028; I. FRANCO, *Il responsabile del procedimento, con particolare riguardo alla realizzazione delle opere pubbliche*, in *Ragiusan*, 1997, fasc. 162, 87; F. GARRI, *Responsabile del procedimento: un problema che sopravviverà alle modifiche*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1998, 323; G. PANASSIDI, *Il coordinatore unico e il responsabile del procedimento nel settore dei lavori pubblici*, in *Nuova rass.*, 1998, 1887; A. CANCRINI, *Responsabilità dei professionisti che operano per conto della pubblica amministrazione: il direttore dei lavori, il collaudatore e il responsabile del procedimento*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1998, 75; G. PASCONE, *Responsabile del procedimento: compiti e attribuzioni nella normativa settoriale dei lavori pubblici*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1997, 773; P. LA ROCCA, *Il responsabile del procedimento con particolare riguardo alla materia dei ll.pp.*, in *Comuni d'Italia*, 1997, 519; A. CATALDO, *Funzione del responsabile di procedimento nella nuova disciplina in materia di appalti di lavori pubblici*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1997, 517; D. GASPARRINI PIANESI, *Il responsabile del procedimento nella l. 109/1994 e nella l. n. 216 del 1995*, in *Dir. lav. Marche*, 1996, 1 e in *Nuova Rass.*, 1996, 1863; F. GENGLI, *Il responsabile del procedimento con particolare riferimento alla legge quadro in materia di lavori pubblici*, in *Comuni d'Italia*, 1996, 275; P. MANTINI, *Il responsabile del procedimento nei lavori pubblici*, in *Riv. amm.*, 1995, 1117; A. M. BALESTRERI, *Il ruolo del responsabile del procedimento e del coordinatore unico con l'entrata in vigore della l. 216: obblighi delle p.a.*, in *Riv. amm. Lombardia*, 1996, 27; I. FRANCO, *Il responsabile del procedimento, con particolare riguardo all'esecuzione di opere pubbliche*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 1994, 302 e in *Cons. Stato*, 1995, II, 141; F. GENGLI, *Legge quadro in materia di lavori pubblici: il responsabile del procedimento*, in *Nuova rass.*, 1995, 2008; A. POLICE, *Il responsabile del procedimento in materia di lavori pubblici*, in *Nuova rass.*, 1995, 350; A. POLICE, *Ancora su «il responsabile del procedimento in materia di lavori pubblici»*, in *Nuova rass.*, 1995, 369; T. TESSARO, a cura di, *Riflessioni sull'utilizzo dell'istituto del responsabile del procedimento nella legge sui lavori pubblici*, in *Comuni d'Italia*, 1995, 1707; G. ALBANESE, *Il responsabile del procedimento nella nuova legge quadro sui lavori pubblici che potrà essere scelto sia nell'area tecnica sia in quella amministrativa - Spunti in ordine ai riflessi delle sue attribuzioni nell'ambito della struttura politico-burocratica dei comuni*, in *Nuova rass.*, 1994, 633; E. MELE, *Il responsabile del procedimento nella esecuzione di lavori pubblici*, in *Nuova rass.*, 1993, 1636.

portato di recente ad affermare<sup>3</sup> che la nuova disciplina del RUP (come integrata dall'ANAC ed interpretata dalla giurisprudenza) sembra aver introdotto un modello di azione amministrativa ulteriore e diverso rispetto a quello disciplinato dalla legge n. 241/1990. Ciò in particolare laddove si prevede che il RUP, anche quando non dotato di poteri dirigenziali, possa porre in essere atti intermedi conclusivi dei sub-procedimenti di propria competenza (i.e. ammissioni, esclusioni, verifica dell'anomalia dell'offerta), che possono impegnare l'amministrazione verso l'esterno.

## 2. Cenni sulla previgente disciplina.

Sin dalla disciplina di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (nel seguito "d.lgs. 163/2006"), ed invero ancor prima nella vigenza della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (nel seguito "legge Merloni"), il responsabile unico del procedimento era già chiamato ad agire come un vero e proprio *manager*, avente come obiettivo preminente quello di pervenire ad un risultato finale, senza che gli fossero attribuiti specifici compiti operativi<sup>4</sup>.

La disposizione fondamentale di disciplina della figura era l'art. 10 del citato d.lgs. 163/2006<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Cfr. S. USAI, *Responsabile del procedimento e RUP: un doppio modello di azione amministrativa*, in *Urbanistica e Appalti*, 2018, 2, 170. L'Autore ritiene, in senso ragionevolmente critico, che tale "doppio modello" non emerga pacificamente dal Codice, ma che sia la conseguenza di una lettura estensiva della norma operata dall'ANAC. Sugli elementi di contatto e di differenziazione tra RUP e responsabile del procedimento nella disciplina di cui al d.lgs. 163/2006 si segnala R. GIOVAGNOLI, *Il responsabile del procedimento: punti di contatto e dissonanza tra la disciplina codicistica e quella sul procedimento amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012.

<sup>4</sup> Per una disamina approfondita della previgente disciplina si rimanda a: D. ARGENIO, *Il responsabile unico del procedimento nel Codice dei contratti pubblici*, in *A&C*, 2010, 50; A. CACCIARI, a cura di, *Codice dei contratti pubblici*, Napoli 2010; M. DI LULLO, *Il responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, a cura di M. Sanino, Torino, 2006; L. FERRARA, *Responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. PERFETTI, Milano, 2013; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2011; T. LEDDA, *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2009; E. PINTO, D. ANGELUCCI, *Manuale teorico pratico del responsabile del procedimento*, Roma, 2009; R. PROIETTI, *Il responsabile del procedimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, Milano, 2008.

<sup>5</sup> Secondo cui: "1. Per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici dovevano nominare, ai sensi della legge n. 241/1990, un responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione; 2. il responsabile del procedimento doveva svolgere tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e relativi alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non fossero specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti; 3. in particolare, il responsabile del procedimento, oltre ai compiti specificamente previsti dalle disposizioni del d. lgs. n. 163 del 2006 doveva: a) formulare proposte e fornire dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture, e della predisposizione dell'avviso di preinformazione; (b) curare, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi; (c) curare il corretto e razionale svolgimento delle procedure; (d) segnalare eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi; (e) accertare la libera disponibilità di aree e immobili necessari; (f) fornire all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza; (g) proporre

Il quarto comma dell'art. 10 del d.lgs. 163/2006 demandava poi al d.P.R. n. 207 del 2010 (nel seguito il "Regolamento") l'individuazione degli ulteriori eventuali compiti del responsabile del procedimento, coordinandoli con i compiti, tra gli altri, del direttore dell'esecuzione del contratto e del direttore dei lavori.

La semplice elencazione dei compiti assegnatigli, lasciava intendere la molteplicità delle competenze che il responsabile unico del procedimento doveva possedere già sulla scorta del d.lgs. 163/2006. Infatti, oltre alle indubitabili competenze tecniche, il RUP avrebbe dovuto avere anche competenze legali, economico-finanziarie, organizzative e amministrative.

In questo senso il quinto comma dell'art. 10 del d.lgs. 163/2006 prevedeva che il responsabile del procedimento dovesse possedere un titolo di studio e competenze adeguati in relazione ai compiti per i quali era stato nominato (demandando al Regolamento l'individuazione degli specifici requisiti di professionalità richiesti).

### 3. La disciplina del RUP nel d.lgs. 50/2016 e le Linee Guida ANAC

Il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (nel seguito "d.lgs. 50/2016" o anche solo il "Codice") conferma e rafforza il ruolo fondamentale del responsabile unico del procedimento nell'economia complessiva di ogni intervento. Significativo rilevare che all'istituto sono stati "dedicati" 3 del 71 criteri di delega contenuti nell'art. 1 della legge n. 11 del 2016.

La profondità e l'ampiezza dei compiti e delle funzioni attualmente attribuiti al RUP emerge all'evidenza dalla mera lettura delle disposizioni del Codice<sup>6</sup>.

Ed infatti, l'art. 31 del d.lgs. 50/2016, al terzo comma, conferisce al RUP una competenza residuale – ai sensi della legge n. 241/1990 – stabilendo che quest'ultimo svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal Codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri soggetti.

Il comma 4 del medesimo articolo specifica – rinviando ad ulteriori previsioni del Codice ove sono attribuiti specifici compiti – che il RUP:

- a) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di

---

*all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si fosse resa necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni; (h) proporre l'indizione, o, ove competente, indire la conferenza di servizi, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, quando fosse stato necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati".*

<sup>6</sup> Per una puntuale disamina della disciplina si vedano i commenti dell'art. 31 in: L.R. PERFETTI, a cura di, *Codice dei Contratti Pubblici*, Milano, 2017; R. CARINGELLA, M. PROTTO, *Codice dei contratti pubblici annotato con la giurisprudenza*, Roma, 2016; O. CUTAJAR – A. MASSARI, *Il codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza e la prassi*, Sant'Arcangelo di Romagna (RN), 2018; nonché cfr. S. Usai, *Il RUP negli appalti dopo il Decreto correttivo (D.Lgs. 56/2017) e le linee guida ANAC n. 3 sul RUP*, Sant'Arcangelo di Romagna (RN), 2017;

- programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture e della predisposizione dell'avviso di preinformazione;
- b) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi;
  - c) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure;
  - d) segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi;
  - e) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari;
  - f) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza e sorveglia la efficiente gestione economica dell'intervento;
  - g) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni;
  - h) propone l'indizione o, ove competente, indice la conferenza di servizi ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati;
  - i) verifica e vigila sul rispetto delle prescrizioni contrattuali nelle concessioni.

Da tale elencazione, non risultano compiti di dettaglio del RUP ma emergono sostanzialmente le funzioni istruttorie e di programmazione di cui tale soggetto dispone nelle fasi cruciali della procedura.

La disciplina di dettaglio sui compiti specifici del RUP, sui presupposti e sulle modalità della sua nomina è confluita, come da previsione normativa espressa<sup>7</sup>, nelle Linee Guida ANAC<sup>8</sup>, approvate dalla medesima autorità con deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016 e successivamente aggiornate al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (nel seguito il "Correttivo") con deliberazione n. 1007 dell'11 ottobre 2017.

Tale strumento di *soft regulation* ha dunque provveduto ad integrare la disciplina generale relativa al RUP contenuta all'art. 31 del Codice degli Appalti – norma invero già estremamente complessa e ricca di contenuti – lasciando poco spazio ad esigenze di completamento della medesima e rendendo, probabilmente, ultroneo il rinvio alla

<sup>7</sup> Ci si riferisce al comma 5 dell'art. 31 del d.lgs. 50/2016 secondo cui "L'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente codice, definisce una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, sui presupposti e sulle modalità di nomina, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal presente codice, in relazione alla complessità dei lavori. Con le medesime linee guida sono determinati, altresì, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori o con il direttore dell'esecuzione".

<sup>8</sup> Linee Guida n. 3, in attuazione dell'art. 31, comma 5, del d.lgs. 50/2016 recanti "Nomina, ruolo e compiti del Responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni".

legge generale sul procedimento amministrativo, che si pone in via residuale<sup>9</sup> rispetto all'attuale composito quadro normativo<sup>10</sup>.

Di seguito si passeranno brevemente in rassegna gli aspetti peculiari dell'istituto.

### 3.1. La nomina per ogni singola procedura

Le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di nomina di un RUP per ogni singola procedura di appalto o di concessione. Tale nomina sarà contenuta nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi di cui all'articolo 21, comma 1<sup>11</sup>, ovvero nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento (che risponde ad esigenze non incluse in programmazione).

Il RUP individuato sarà unico per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione della commessa pubblica. Per ciascuna di tali fasi avrà competenze specifiche cui sono connesse specifiche responsabilità.

Il RUP è nominato con atto formale dal dirigente responsabile (o da altro soggetto responsabile del servizio/settore) dell'unità organizzativa, di livello apicale, cui compete l'obbligo di effettuare tale nomina per ogni singola procedura.

Anche sulla scorta del d.lgs. 50/2016, il responsabile unico del procedimento è individuato tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità organizzativa inquadrati come dirigenti o dipendenti con funzioni direttive ovvero, in caso di carenza in organico di detta unità organizzativa, tra i dipendenti con analoghe caratteristiche che abbiano competenze professionali, di esperienza e di studio per rivestire adeguatamente l'incarico da svolgere.

L'atto formale del dirigente/responsabile di livello apicale dell'unità organizzativa rappresenta dunque il primo atto della specifica procedura e dovrà rivestire la forma di un provvedimento dirigenziale, recante data e contenuto certo. La nomina dunque dovrà essere adottata:

- (a) per l'affidamento di lavori, soggetti a programmazione – e dunque di importo pari o superiore 100.000,00 Euro – prima del progetto di fattibilità economica;
- (b) per l'affidamento di lavori, non soggetti a programmazione – e dunque di importo inferiore a 100.000,00 Euro – contestualmente alla determina a contrarre o comunque nell'atto di avvio del singolo intervento;

<sup>9</sup> Sulla controversa portata applicativa delle Linee Guida si rimanda a C. Borgia, *Linee Guida ANAC: natura giuridica e portata applicativa*, in *ItaliaAppalti*, 2018.

<sup>10</sup> Il Consiglio di Stato (parere del 2 agosto 2016 n. 1767) ha chiarito che le Linee Guida n. 3 hanno portata vincolante nella parte in cui attuano l'art. 31, comma 5, del codice, e una funzione di orientamento e *moral suasion* nella parte in cui forniscono un'esegesi dell'art. 31 nel suo complesso (solo per tale seconda parte sono adottate ai sensi dell'art. 213, comma 2, codice).

<sup>11</sup> Tale norma testualmente prevede che *“Le amministrazioni aggiudicatrici adottano il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali. I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatici e in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme che disciplinano la programmazione economico-finanziaria degli enti”*.

(c) per i servizi e le forniture, contestualmente alla determina a contrarre.

Il ruolo potrà essere rivestito esclusivamente da soggetti che non si trovino nelle condizioni di cui all'art. 42, comma 2, del codice ("*conflitto di interesse*"). Inoltre, l'incarico non potrà essere ricoperto da soggetti condannati (anche con sentenza non passata in giudicato) per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale<sup>12</sup>, stante il divieto espresso contenuto nell'art. 35-bis del d.lgs. 165/2001, applicabile, tra gli altri, agli uffici preposti alla gestione delle risorse finanziarie, all'acquisizione di beni, servizi e forniture (tenuto conto che la funzione è assegnata dal dirigente preposto all'unità organizzativa responsabile).

Tutte le funzioni assegnate al RUP dovranno in ogni caso essere svolte nel rispetto del d.P.R. n. 62/2013 ("*codice di comportamento dei dipendenti pubblici*") nonché del codice di comportamento e del piano triennale di prevenzione della corruzione adottati dalla singola amministrazione.

Importante rilevare che l'ufficio di RUP è obbligatorio, ciò significa che non può essere rifiutato.

La compatibilità tra le funzioni di componente e presidente della commissione giudicatrice, secondo quanto previsto dall'art. 77, comma 4, del codice, deve essere valutata "*con riferimento ad ogni singola procedura*"; tale previsione (come si osserverà di seguito) è stata oggetto di recenti modifiche legislative ad opera del Correttivo e di numerosi, oscillanti, interventi giurisprudenziali (che pare abbiano trovato una definizione).

La funzione di RUP può coincidere anche con quella di progettista o di direttore lavori o di direttore dell'esecuzione, a condizione del possesso di una serie di requisiti quali (i) il titolo di studio richiesto dalla normativa per l'esercizio dell'attività, (ii) un'esperienza almeno triennale o quinquennale a seconda del grado di complessità dell'intervento, (iii) una specifica formazione acquisita nell'ambito (da parametrare ad opera del dirigente responsabile). Tuttavia tali funzioni saranno incompatibili, nei casi di lavori di rilevante complessità e di particolare importanza

<sup>12</sup> Si tratta dei "delitti contro la pubblica amministrazione" ovvero: peculato (art. 314); peculato mediante profitto dell'errore altrui (art. 316), malversazione a danno dello Stato (art. 316 bis), indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316 ter), Concussione (art. 317), corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318), corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319), corruzione in atti giudiziari (art. 319 ter), induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 quater), corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320), istigazione alla corruzione (art. 322), peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale e degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (art. 322 bis), abuso d'ufficio (art. 323), utilizzazione d'invenzioni o scoperte conosciute per ragione di ufficio (art. 325), rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio (art. 326), Rifiuto e omissione di atti d'ufficio (art. 328), rifiuto o ritardo di obbedienza commesso da un militare o da un agente della forza pubblica (art. 329), interruzione d'un servizio pubblico o di pubblica necessità (art. 331), sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa (art. 334), violazione colposa di doveri inerenti alla custodia di cose sottoposte a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa (art. 335).

sotto il profilo architettonico, ambientale, storico artistico e tecnologico, nonché nei progetti integrati e negli interventi di importo superiore a € 1.500.000, ipotesi in cui la funzione di RUP dovrà essere esercitata da un soggetto diverso dal progettista e/o dal direttore dei lavori.

### 3.2. I requisiti

Ai fini dell'individuazione concreta dei soggetti che all'interno di un'organizzazione potranno assumere la funzione di RUP, l'ANAC ha precisato con dovizioso dettaglio<sup>13</sup> i requisiti di professionalità nonché i titoli di studio necessari distinguendo tra gli appalti di lavori e di servizi e per le forniture.

In particolare il RUP dovrà essere in possesso di una specifica formazione, soggetta ad aggiornamento costante nonché aver maturato un'adeguata esperienza professionale nello svolgimento di attività analoghe a quelle da realizzare in termini di natura, complessità e/o importo<sup>14</sup>. Tale attività deve essere stata prestata:

- i. alle dipendenze di stazioni appaltanti nel ruolo di RUP o nello svolgimento di mansioni nell'ambito tecnico amministrativo;
- ii. anche nell'esercizio di attività di lavoro autonomo, subordinato o di consulenza in favore di imprese operanti nell'ambito di lavori pubblici o privati.

Con particolare riferimento agli appalti e alle concessioni di lavori:

- i. per gli importi inferiori a € 1.000.000 il RUP deve essere almeno in possesso di diploma rilasciato da istituto tecnico superiore di II grado al termine di corso di studi quinquennale e deve avere acquisito un'anzianità professionale di almeno 10 anni nell'ambito dell'affidamento di appalti o concessioni di lavori;
- ii. per gli importi pari o superiori a € 1.000.000 e inferiori alle soglie di rilevanza comunitaria deve essere in possesso di laurea triennale in materie specialistiche rilevanti in relazione attività da svolgere (e.g. Ingegneria, Architettura, Scienze e Tecnologie Agrarie etc.) e abilitazione all'esercizio della professione. In ogni caso dovrà possedere un'anzianità di servizio almeno quinquennale nell'ambito dell'affidamento. Potranno svolgere le funzioni di RUP anche i tecnici che posseggano il sopra indicato diploma e che abbiano maturato un'anzianità di servizio ed un'esperienza di almeno 15 anni nell'ambito dell'affidamento di appalti e di concessioni di lavori;
- iii. per gli importi superiori alle soglie di rilevanza comunitaria deve essere in possesso di una Laurea magistrale o specialistica in materie tecniche e

<sup>13</sup> Cfr. Linee Guida ANAC n. 3.

<sup>14</sup> Per una disamina approfondita dei requisiti per essere nominati RUP si rimanda al commento dell'art. 31 contenuto in, L.R. PERFETTI, a cura di, *Codice dei Contratti Pubblici*, cit..

abilitato all'esercizio della professione. Dovrà inoltre possedere un'anzianità di servizio almeno quinquennale nell'ambito dell'affidamento di appalti e di concessione di lavori.

L'ANAC ha inoltre stabilito che, a prescindere dall'importo del contratto, il RUP, per i lavori particolarmente complessi<sup>15</sup> dovrà possedere anche la qualifica di Project Manager<sup>16</sup> essendo necessario ad avviso dell'Autorità *“enfaticamente le competenze di pianificazione e gestione dello sviluppo degli specifici progetti, anche attraverso il coordinamento di tutte le risorse a disposizione, e gli interventi finalizzati ad assicurare l'unitarietà dell'intervento, il raggiungimento degli obiettivi nei tempi e nei costi previsti, la qualità della prestazione e il controllo dei rischi”*<sup>17</sup>.

### 3.3. Carenza in organico

In tutti i casi in cui la Stazione Appaltante non abbia al suo interno soggetti qualificati per l'incarico da svolgere e comunque non dotati della professionalità necessaria, il Codice, al comma 11 dell'art. 31<sup>18</sup>, prevede in via del tutto residuale, la possibilità di nominare quale RUP un dipendente che non abbia i requisiti richiesti, in tal caso tuttavia l'amministrazione dovrà affidare lo svolgimento delle attività di supporto ai dipendenti che siano in possesso dei requisiti carenti in capo al RUP, ovvero, in mancanza, a soggetti esterni alla stazione appaltante.

Sulla base di tale meccanismo, la stazione appaltante prima di attribuire l'incarico di supporto a soggetti esterni, dovrà verificare al suo interno la disponibilità di risorse che sinergicamente possano raggiungere i requisiti minimi richiesti per lo svolgimento delle funzioni di RUP.

Evidentemente l'eventuale affidamento esterno di tali compiti di supporto – tale meccanismo è immaginato, si ribadisce, come ipotesi residuale – dovrà avvenire tramite le procedure ad evidenza pubblica previste dal Codice e sarà finalizzato ad individuare soggetti dotati delle specifiche competenze tecniche, economico-finanziarie, amministrative, carenti all'interno della stazione appaltante. Detti soggetti dovranno, inoltre, essere dotati di un'adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali. Sul punto il Codice ribadisce il divieto di frazionamento artificioso delle prestazioni, che in tal modo potrebbero essere illegittimamente sottratte alle procedure ivi previste.

<sup>15</sup> Secondo la definizione di cui all'art. 1, comma 3, lett. oo) *“i lavori che superano la soglia di 15 milioni di euro e sono caratterizzati da particolare complessità in relazione alla tipologia delle opere, all'utilizzo di materiali e componenti innovativi, alla esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistiche o particolari problematiche geotecniche, idrauliche, geologiche e ambientali”*

<sup>16</sup> Ciò avverrà al decorrere dalla data in vigore del nuovo sistema di qualificazione di cui all'art. 38 del d.lgs. 50/2016.

<sup>17</sup> Per un confronto con i requisiti richiesti in capo al RUP nella previgente disciplina, C. SILVESTRO, *Requisiti del responsabile unico del procedimento per la realizzazione di lavori pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, IV, 460.

<sup>18</sup> Nello stesso senso le Linee Guida n. 3 ANAC.

Diversamente nel caso dei lavori attinenti all'ingegneria e all'architettura (per i quali il RUP dovrà essere necessariamente un tecnico), qualora nell'organico della stazione appaltante non vi siano soggetti dotati della professionalità necessaria, le competenze relative saranno attribuite direttamente al responsabile del servizio al quale attiene il lavoro da realizzare.

### **3.4. Il ruolo del RUP**

Una volta individuato, il RUP gode di un'autonomia operativa assai ampia nell'ambito del procedimento.

Il rapporto tra il dirigente e il funzionario incaricato di svolgere le funzioni proprie di responsabile unico del procedimento, non può propriamente definirsi "gerarchico", poiché il RUP acquisisce nell'ambito del procedimento un'autonomia funzionale che è indispensabile per svolgere il proprio ruolo.

Il RUP, con la propria nomina, acquisisce una propria responsabilità in conseguenza della quale deve essergli garantita una piena autonomia per il corretto svolgimento della funzione.

Tuttavia tale punto, essendo particolarmente problematica la definizione dei confini tra i poteri del RUP (soprattutto quando non sia un dirigente dotato di prerogative gestionali) e quelli del dirigente responsabile del servizio/settore, sarà oggetto di successivo approfondimento. Sono, difatti, sorti dubbi in merito alla possibilità che il RUP emani atti amministrativi conclusivi del procedimento (ovvero atti che chiudano sotto il profilo tecnico-amministrativo il procedimento o i sottoprocedimenti ad esso assegnati – e.g. ammissioni, esclusioni, verifica dell'anomalia dell'offerta) che impegnino l'amministrazione verso l'esterno, specie quando il RUP medesimo non coincida con il dirigente/responsabile del servizio/settore competente e non abbia, pertanto i relativi compiti dirigenziali.

Oltre alle funzioni sopra sommariamente indicate (integrate dai compiti di dettaglio individuati dell'ANAC), il Codice – come anticipato – contiene una clausola generale di chiusura, in forza della quale si prevede che il RUP debba svolgere tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal Codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti.

In definitiva, in estrema sintesi, la funzione principale del RUP è quella di evitare l'inerzia della stazione appaltante e di verificare e dare impulso a tutte le attività occorrenti per il corretto svolgimento delle varie fasi in cui si articola il complesso procedimento che va dalla programmazione alla verifica finale.

Sulla scorta delle considerazioni appena svolte dovrebbe risultare confermato quanto in precedenza affermato ovvero che il RUP ha un ruolo di assoluta centralità in tutte le fasi della procedura.

#### 4. I compiti del RUP nella fase di affidamento

Come visto, l'ANAC ha dedicato al RUP le Linee Guida n. 3. In tale documento vengono indicati i relativi compiti nella fase dell'affidamento. In particolare viene specificato che il RUP:

i. Verifica la documentazione amministrativa.

Tale controllo è svolto direttamente dal RUP, da un seggio di gara istituito *ad hoc* ovvero da un apposito ufficio/servizio a ciò deputato, se presente nell'organico della stazione appaltante<sup>19</sup>. In ogni caso al RUP spetta il compito di esercitare una funzione di coordinamento e controllo, finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni che effettua.

ii. Valuta le offerte anormalmente basse.

Ove il criterio sulla base del quale si procede all'aggiudicazione sia quello del minor prezzo, la stazione appaltante indica nel bando di gara se la verifica di congruità dell'offerta è rimessa direttamente al RUP ovvero, se quest'ultimo, nel caso in cui siano richieste valutazioni complesse o che richiedano specifiche competenze, "debba o possa" avvalersi di una struttura di supporto di cui all'art. 31, comma 9, del Codice<sup>20</sup> o di una commissione nominata *ad hoc* (diversa da quella di cui all'art. 77 del Codice). Nella sostanza, secondo ANAC, il RUP, in tal caso, potrà effettuare direttamente tale valutazione, salvo che in ragione della complessità sia necessario (o opportuno<sup>21</sup>) avvalersi di un supporto.

Ove, diversamente, il criterio sulla base del quale si procede all'aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la verifica sulle offerte anormalmente basse è svolta dal RUP con l'eventuale<sup>22</sup> supporto della commissione di gara nominata ex art. 77 del Codice.

Per completezza, si specifica che l'ANAC ha stabilito che il RUP, in fase di affidamento, "propone all'amministrazione aggiudicatrice i sistemi di affidamento dei lavori, la tipologia di contratto da stipulare, il criterio di aggiudicazione da adottare; nel caso di

<sup>19</sup> Precisa l'ANAC nelle Linee Guida n. 3 che tale scelta sarà effettuata "sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante".

<sup>20</sup> Secondo cui "La stazione appaltante, allo scopo di migliorare la qualità della progettazione e della programmazione complessiva, può, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e nel rispetto dei limiti previsti dalla vigente normativa, istituire una struttura stabile a supporto dei RUP, anche alle dirette dipendenze del vertice della pubblica amministrazione di riferimento. Con la medesima finalità, nell'ambito della formazione obbligatoria, organizza attività formativa specifica per tutti i dipendenti che hanno i requisiti di inquadramento idonei al conferimento dell'incarico di RUP, anche in materia di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture".

<sup>21</sup> E' controverso se tale scelta sia rimessa ad una valutazione discrezionale del RUP, oppure alla legge di gara. Sul punto si veda *infra* § 5.3.2.

<sup>22</sup> Come si vedrà *infra* § 5.3.2, ad avviso dell'ANAC (cfr. Bando-tipo n. 1/2017) la scelta di avvalersi o meno della Commissione di gara rientra tra le facoltà del RUP.

*procedura competitiva con negoziazione e di procedura negoziata senza pubblicazione del bando, promuove il confronto competitivo e garantisce la pubblicità dei relativi atti, anche di quelli successivi all'aggiudicazione".*

Inoltre, si riportano di seguito gli ulteriori compiti che l'Autorità anti-corruzione attribuisce al responsabile unico all'interno di questa fase della procedura. Il RUP:

- convoca e presiede, nelle procedure ristrette e nei casi di partenariato per l'innovazione e di dialogo competitivo, ove ne ravvisi la necessità, un incontro preliminare per l'illustrazione del progetto e per consentire osservazioni allo stesso;
- richiede all'amministrazione aggiudicatrice la nomina della commissione nel caso di affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indicando se ricorrono i presupposti per la nomina di componenti interni o per la richiesta all'ANAC di una lista di candidati, ai sensi dell'art. 77, comma 2, del Codice;
- promuove l'istituzione dell'ufficio di direzione dei lavori e accerta sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente, la sussistenza delle condizioni che giustificano l'affidamento dell'incarico a soggetti esterni all'amministrazione aggiudicatrice;
- accerta e certifica, sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente, le situazioni di carenza in organico in presenza delle quali le funzioni di collaudatore sono affidate a soggetti esterni alla stazione appaltante;
- provvede all'acquisizione e al successivo perfezionamento del CIG secondo le indicazioni fornite dall'Autorità;
- raccoglie, verifica e trasmette all'Osservatorio dell'ANAC gli elementi relativi agli interventi di sua competenza anche in relazione a quanto prescritto dall'articolo 213, comma 3, del Codice;
- raccoglie i dati e le informazioni relativi agli interventi di sua competenza e collabora con il responsabile della prevenzione della corruzione in relazione all'adempimento degli obblighi prescritti dall'articolo 1, comma 32, della legge n. 190/2012 s.m.i..

Dalle indicazioni di dettaglio fornite dall'ANAC – che vanno ad integrare le competenze essenziali indicate dal Codice che, come visto, in sostanza si “limita” ad affermare, elencando una serie di compiti esemplificativi, che il RUP in quanto “motore” del procedimento ha funzioni istruttorie nelle fasi cruciali della procedura fino all'affidamento – emerge una competenza del RUP ad adottare tutti i provvedimenti definitivi “intermedi” ed interni al procedimento (quali, ad esempio, le ammissioni e le esclusioni e la verifica dell'anomalia dell'offerta). Ciò prescindendo da considerazioni relative alla circostanza che la funzione del

responsabile unico venga svolta da un soggetto con funzioni dirigenziali. Tale impostazione, come si vedrà *infra*, risulta essere suffragata anche dalla recente giurisprudenza.

## 5. Questioni maggiormente problematiche

Nonostante la trattazione normativa, come integrata dall'ANAC, risulti essere esaustiva nel delineare l'istituto del RUP permangono, tuttavia, alcuni problemi aperti<sup>23</sup>.

Si passeranno, dunque, in rassegna alcune delle questioni maggiormente problematiche, sulle quali si è soffermata la giurisprudenza, al fine di delimitare e definire i confini della figura del RUP sia dal punto di vista soggettivo (incompatibilità) che da quello oggettivo (competenze).

### 5.1. Il RUP Presidente o componente della commissione giudicatrice

Questione decisamente dibattuta è quella relativa alla compatibilità tra il ruolo di RUP e quello di componente e di Presidente della commissione di aggiudicazione istituita ai sensi dell'art. 77 del Codice.

Il tema di fondo è, all'evidenza, quello di garantire un'esigenza di terzietà tra i soggetti che predispongono gli atti di gara e gestiscono l'istruttoria procedimentale (ovvero vengono chiamati alla concreta applicazione della *lex specialis*) e coloro i quali debbano selezionare la miglior offerta: tale esigenza è particolarmente sensibile nelle ipotesi in cui l'appalto venga aggiudicato per mezzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, posto che in questo caso la valutazione è caratterizzata da rilevanti profili di discrezionalità tecnica che dovrebbero essere scevri da condizionamenti. Detta esigenza è, peraltro, coerente con la *ratio* generalmente sottesa a tutte le cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi (sulla quale si rimanda al Cons. Stato, Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13). La prima versione dell'art. 77, comma 4, del Codice secondo cui "*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*" era stata interpretata dalla giurisprudenza come introduttiva di un innovativo (rispetto alla disciplina previgente) regime di incompatibilità automatica tra il ruolo di RUP e quello di Presidente e componente di commissione di gara.

L'incompatibilità del Presidente di Commissione a svolgere incarichi relativi al contratto da affidare era espressamente esclusa nella vigenza del d.lgs. 163/2006. Com'è noto, infatti il d.lgs. 163/2006 all'art. 84, comma 4, disponeva espressamente

<sup>23</sup> Cfr. L.R. PERFETTI, a cura di, *Codice dei Contratti Pubblici*, cit.; O. CUTAJAR – A. MASSARI, *Il codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza e la prassi*, Sant'Arcangelo di Romagna (RN), 2018.

che *“i Commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”*.

Una parte della giurisprudenza cogliendo tale elemento di diversità aveva dunque optato per un'esclusione secca tra la funzione di RUP e quella di Presidente e di componente di commissione di gara. Detta esclusione era stata peraltro ritenuta di immediata applicazione, non essendo condizionata all'effettiva istituzione dell'albo dei commissari “esterni”<sup>24</sup> previsto dall'art. 77, comma 2, del Codice (in questo senso TAR Lazio-Latina, sez. I, 23 maggio 2017, n. 325, TAR Lombardia-Brescia, sez. II, 4 novembre 2017, n. 1306)<sup>25</sup>.

Questa lettura era stata peraltro suffragata dalla stessa ANAC che, nel primo schema delle Linee Guida n. 3, aveva optato per un'automatica incompatibilità tra le due funzioni. Nel testo definitivo della prima versione delle Linee Guida, tuttavia, tale previsione era stata “alleggerita”, alla luce del parere del Consiglio di Stato n. 1797/2016, nel senso che era stato previsto che *“il ruolo di RUP è, di regola, incompatibile con le funzioni di commissione”*.

Contemporaneamente si era formato un opposto orientamento giurisprudenziale che, in linea con l'indirizzo formatosi nella vigenza del d.lgs. 163/2006, affermava che non sussisteva alcuna automatica incompatibilità e che, anzi, le due funzioni fossero compatibili, salvo che non sussistesse – e ne fosse stata fornita dimostrazione – un'incompatibilità in concreto (in questo senso TAR Veneto, sez. I, 7 luglio 2017, n. 660, TAR Puglia-Lecce, sez. I, 12 gennaio 2018, n. 24, TAR Emilia Romagna-Bologna, sez. II, 25 gennaio 2018, n. 87, TAR Umbria, sez. I, 30 marzo 2018, n. 192).

E' stato un successivo intervento del legislatore ad aver escluso in modo tombale qualsiasi ipotesi di automatica incompatibilità. Difatti con il Correttivo, integrando il sopra riportato art. 77, comma 4, il legislatore ha precisato che *“la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”*.

Tale intervento legislativo ha, dunque, rimesso all'amministrazione la valutazione in ordine alla sussistenza o meno dei presupposti affinché il RUP possa legittimamente far parte della commissione di gara, fornendo un supporto all'esegesi della nuova norma che era già emersa in giurisprudenza e dando, sostanzialmente, continuità all'orientamento pregresso formatosi sul riportato art. 84 del d.lgs. 163/2006 Codice, secondo cui va escluso qualunque automatismo nella valutazione dell'eventuale incompatibilità del RUP a far parte della commissione di gara (in funzione di Presidente o di componente). Sicché la valutazione deve essere operata caso per caso

<sup>24</sup> Con comunicato del Presidente dell'ANAC del 9 gennaio 2019 è stato differito al 15 aprile 2019, il termine di avvio del sistema dell'Albo dei commissari di gara di cui all'art. 78 del Codice a causa del numero esiguo degli iscritti, non idoneo a consentire il regolare svolgimento delle gare.

<sup>25</sup> Orientamento confermato anche dalla dottrina, *cf.* S. USAI, *La nomina della Commissione di Gara nel periodo transitorio fino all'istituzione dell'albo dei commissari*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 5, 599.

dall'amministrazione e può essere superata esclusivamente per mezzo di una dimostrazione in concreto dell'incompatibilità del RUP.

Particolarmente chiara in questo senso è la decisione del Consiglio di Stato n. 6082/2018<sup>26</sup> che ha escluso la descritta incompatibilità in un'ipotesi in cui non sussistevano *"elementi specifici"* e *"atti in concreto"* né era stato addotto *"alcun dirimente elemento probatorio idoneo"* a dimostrare che il RUP/Presidente di commissione avesse *"concretamente partecipato alla fase preliminare della formazione degli atti di gara"* e avesse *"svolto un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito"* (nello stesso senso Cons. Stato 2536/2018<sup>27</sup>).

Tale pronuncia, probabilmente al fine di fornire una bussola all'interprete nell'ardua operazione valutativa sull'incompatibilità in concreto tra le funzioni di RUP/componente e Presidente di commissione, ha richiamato i principi della precedente giurisprudenza, secondo cui:

1. la garanzia di trasparenza e imparzialità nella conduzione della gara impedisce la presenza in commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'appalto (Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2011, n. 4438);
2. la situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, *"al di là del profilo formale della sottoscrizione o mancata sottoscrizione degli stessi"* e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente (Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2014, n. 2191);
3. per predisposizione della legge di gara deve intendersi non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione quanto un'effettiva capacità di definirne autonomamente il contenuto *"con valore unicamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che il suo contenuto vincolante sia riferibile esclusivamente al funzionario"* (Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 255 e 23 marzo 2015, n. 1565);
4. ad integrare la prova richiesta, non è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità, dovendo il disposto normativo (precedentemente art. 84, comma 4, d.lgs. 163/2006 e attualmente art. 77, comma 4, d.lgs. 50/2016) essere interpretato in senso restrittivo in quanto disposizione limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 255);

<sup>26</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082.

<sup>27</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2536.

5. detto onere della prova grava sulla parte che deduce la condizione di incompatibilità (Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2016, n. 242 e 23 marzo 2017, n. 1320);
6. in ogni caso, la predetta incompatibilità non può desumersi *ex se* dall'appartenenza del funzionario/componente della commissione, alla struttura organizzativa preposta – nella fase preliminare di preparazione degli atti di gara e nella successiva fase di gestione – all'appalto medesimo (Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082).

Detto orientamento è condiviso anche dalla recentissima giurisprudenza dei TAR territoriali e dello stesso Consiglio di Stato che conferma che, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 77 del d.lgs. 50/2016, può essere nominato Presidente e componente della commissione anche il RUP, non violando le regole di imparzialità il cumulo tra le due funzioni, salvo 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 (in questo senso, TAR Lazio-Roma, 22 febbraio 2019, n. 2420, Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2019, n. 193).

Nello stesso senso pare essersi, da ultimo, determinata la stessa ANAC pronunciatisi su un'istanza di precontenzioso in merito all'affidamento di un servizio per il quale si era chiesto se il RUP potesse legittimamente sostituire il Presidente in una seduta della commissione (delibera ANAC n. 59 del 30 gennaio 2019<sup>28</sup>).

### ***5.2. Aspetti operativi sull'incompatibilità in concreto. Rapporti tra i poteri del RUP e quelli del Responsabile del servizio nella predisposizione degli atti di gara.***

Nonostante l'approdo giurisprudenziale appena descritto, permangono numerosi dubbi interpretativi, non essendo agevole comprendere (i) in cosa debba consistere il comportamento del RUP affinché possa considerarsi lesa la sua terzietà, posto che solo ove ciò avvenga potrà venire in rilievo una concreta ipotesi di incompatibilità delle funzioni, e, da punto di vista speculare (ii) in cosa debba concretarsi l'onere probatorio dell'operatore economico che intenda far valere una situazione di incompatibilità delle funzioni del RUP con quelle del Presidente/componente di commissione di gara.

Ipotesi esemplificativa per comprendere la "scivolosità" del tema è quella dell'incompatibilità discendente dall'aver predisposto gli atti di gara, da intendersi secondo la giurisprudenza non come mera collaborazione bensì nel senso di aver avuto un ruolo decisivo nella predisposizione della legge di gara (in questo senso,

---

<sup>28</sup> Ove ha affermato che "ai sensi dell'art. 77, comma 4, secondo periodo non vi è incompatibilità automatica tra la funzione di commissario di gara e quella di RUP, nel caso di specie intervenuto in sostituzione del Commissario medesimo, impossibilitato a partecipare".

Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2536<sup>29</sup>). Tale ipotesi rientra tra quelle attività che ad avviso del giudice amministrativo sono idonee ad interferire sul merito della valutazione ovvero che sono in grado di incidere sul processo formativo della volontà che conduce alla valutazione delle offerte potendo condizionarne l'esito.

Concentreremo l'attenzione sull'ipotesi (maggiormente problematica) in cui il dirigente/responsabile del servizio e il RUP non coincidano.

Ove il RUP non sia anche il responsabile del servizio/settore (ipotesi che, come visto, è quella prevista in via generale dal Codice), il responsabile unico, anche se di ruolo dirigenziale, si trova in rapporto di sostanziale dipendenza rispetto al dirigente/responsabile del servizio, che rappresenta il suo superiore gerarchico.

Il RUP in questo caso svolge una funzione di istruttore che propone la legge di gara, senza poterla approvare con rilevanza esterna. A sua volta si potrà avvalere di altri soggetti per la redazione dei documenti tecnici (quali ad esempio il capitolato) o per la predisposizione del bando o della lettera d'invito. In tale ipotesi il RUP svolge un (rilevante) ruolo di sintesi di un lavoro che, soprattutto in ipotesi caratterizzate da grande complessità, può coinvolgere numerosi soggetti, all'esito del quale presenta una proposta al dirigente/responsabile del servizio.

E' dunque quest'ultimo a porre in essere l'atto a valenza esterna (su proposta del RUP) che impegna la stazione appaltante. Sicché sarà il responsabile del servizio ad approvare formalmente gli atti di gara essendo l'unico soggetto competente in quanto dotato di poteri gestionali/dirigenziali.

La giurisprudenza si è interrogata sull'effettivo contributo decisorio del responsabile del servizio, ritenendo che si tratti di un mero compito d'ufficio privo di rilevanza sostanziale (si tratta dell'orientamento prevalente, da ultimo sostenuto da Cons. Stato, sez. III, 11 maggio 2018, n. 2835).

In altre parole, sebbene il potere decisorio sia rimesso al responsabile del servizio e non al RUP (essendo la sua azione limitata alla proposta), la giurisprudenza dominante considera tale attività come meramente formale o "d'ufficio" e non come una "reale" approvazione degli atti. Si rileva, tuttavia, che in dottrina è stato – ragionevolmente – osservato che l'orientamento appena descritto non è pienamente condivisibile in quanto, in realtà, tale potere decisorio non può essere considerato un mero compito d'ufficio<sup>30</sup>. Ciò in quanto il dirigente/responsabile del servizio può respingere, motivatamente, l'approvazione della proposta del RUP e suggerire modifiche giungendo, se del caso, anche alla revoca dell'incarico (con congrua motivazione), adottando direttamente la legge di gara.

<sup>29</sup> Secondo cui "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".

<sup>30</sup> In questo senso S. USAI, *L'incompatibilità del RUP da "inferenze" nelle funzioni della commissione di gara*, in *Lexitalia.it*, 2018.

Già da quanto visto emerge che sia quantomeno arduo distinguere all'interno delle competenze dei due soggetti – senza considerare la pluralità di soggetti che nelle ipotesi più complesse possono partecipare alla predisposizione della legge di gara – l'apporto di ciascuno, posto che la competenza formalmente decisoria (con conseguenziale controllo/verifica di tipo formale – e anche sostanziale) spetta al dirigente/responsabile del servizio che non potrà sottrarsi a tale compito ritenendo che l'unico soggetto responsabile della procedura sia il RUP.

Da altro punto di vista, si osservi che la terzietà del RUP potrebbe essere condizionata anche nel caso in cui, pur non avendo esercitato una competenza decisoria nell'adozione della legge di gara, abbia sostanzialmente predisposto i medesimi. Anche per tale ragione appare non agevole comprendere in concreto quando l'apporto del RUP (o del responsabile del servizio) possa ritenersi decisivo nella predisposizione della legge di gara.

A ciò si aggiunga che la sola circostanza che il RUP abbia partecipato in maniera decisiva (in funzione di soggetto "istruttore" proponente) alla predisposizione della legge di gara potrebbe non essere sufficiente a determinarne l'incompatibilità alla nomina a Presidente/componente della commissione giudicatrice posto che sarà comunque necessario un *quid pluris*: la dimostrazione che tale apporto sia in grado di incidere (ovvero secondo la definizione giurisprudenziale "*idoneo ad interferire*") sul processo formativo della volontà che conduce alla valutazione delle offerte, condizionandone l'esito. Tale conclusione è in linea con la giurisprudenza richiamata al precedente paragrafo che tende ad escludere qualunque automatismo. Dunque la sola predisposizione da parte del RUP della proposta di legge di gara – anche se decisiva nella determinazione del contenuto – non può essere sufficiente ad escludere la sua partecipazione alla Commissione.

Ebbene, è evidente che la sola presenza del RUP nella commissione è idonea a condizionare in ogni caso (fisiologicamente e anche in accezione positiva) gli esiti della valutazione della stessa<sup>31</sup>. D'altronde la presenza di ciascun componente di un organo che opera collegialmente ne condiziona l'esito. E ciò anche quando il voto non sia decisivo: si pensi anche solo al caso in cui due commissari su tre propendano per una soluzione e il RUP ne proponga una diversa e riesca a farla prevalere. Da differente punto di vista tale condizionamento potrebbe essere integrato anche nell'ipotesi in cui non partecipi direttamente come componente alla commissione medesima ma, ad esempio, venga nominato segretario, o, comunque – anche nell'ipotesi in cui non partecipi in alcuna forma ai lavori della commissione – nel mero esercizio della propria funzione di "motore" del procedimento.

Bisognerebbe dunque spingersi ad individuare in cosa debba consistere detto condizionamento (secondo la giurisprudenza "*l'interferenza*") limitando alle ipotesi

<sup>31</sup> *Ibidem*

nelle quali lo stesso possa essere considerato “patologico”, l’incompatibilità del RUP/Presidente o componente di commissione.

Da tale considerazione discendono due ordini di valutazioni:

- i. da un lato, diviene particolarmente arduo l’onere probatorio ricadente sull’operatore economico privato che voglia contestare l’incompatibilità di un RUP che l’abbia valutato dopo avere partecipato alla predisposizione degli atti di gara. E’ lecito domandarsi, difatti, da quali documenti un soggetto estraneo all’amministrazione possa comprendere in cosa sia consistito l’apporto concreto del RUP nella predisposizione degli atti di gara e se lo stesso sia potenzialmente idoneo a condizionarne in modo patologico il giudizio in sede di commissione. I documenti “naturali” che dovrebbero dare atto di eventuali condizionamenti sono i verbali di gara, ma pare ragionevole ipotizzare che in tali verbali della commissione non si faccia alcun riferimento a detti dettagli;
- ii. dall’altro lato, è discutibile la scelta del legislatore di rimettere alla stazione appaltante la valutazione sull’eventuale incompatibilità tra RUP e Presidente/componente di commissione gara. Questa scelta appare poco garantistica dell’esigenza di terzietà tra chi predispose gli atti di gara (e gestisce l’istruttoria procedimentale) e chi debba successivamente selezionare la miglior offerta. D’altronde la presenza del RUP in commissione potrebbe essere giustificata dall’amministrazione anche solo disconoscendo l’apporto decisivo del medesimo, rilevando che il RUP non abbia approvato la legge di gara oppure in quanto la proposta dello stesso sia stata successivamente modificata (ad esempio sui criteri di valutazione) dal dirigente/responsabile del servizio. In tal ultimo caso l’incompatibilità potenziale potrebbe spostarsi sul responsabile del servizio che, dunque, non potrebbe presiedere la commissione di gara (né, invero, parteciparvi quale componente).

Alla luce di quanto detto, la questione si sposta dalla definizione dell’apporto decisivo alla predisposizione della legge di gara a quella dell’interferenza patologica idonea a condizionare la valutazione della commissione. Ciò in quanto è a tale interferenza che ci si dovrà riferire (i) da un lato nell’ambito della prova circostanziata che dovrà essere fornita per dimostrare la sussistenza di una concreta incompatibilità tra RUP e Presidente/componente della commissione aggiudicatrice e (ii) dall’altro nella motivazione dell’atto di nomina della commissione di gara.

Sul punto va registrata l’assenza di indicazioni specifiche da parte della giurisprudenza e dell’ANAC.

### **5.3. I poteri del RUP in sede di approvazione dei provvedimenti intermedi della procedura ad evidenza pubblica: le ammissioni/esclusioni e la verifica dell'anomalia.**

Ulteriore questione problematica, riguarda la definizione delle competenze del RUP in sede di approvazione degli atti della procedura relativi alla fase di affidamento quali, ad esempio, la valutazione della documentazione amministrativa, con conseguenziale adozione dei provvedimenti di esclusione/ammissione degli operatori economici che non risultassero in regola rispetto alle disposizioni della legge di gara e la verifica dell'anomalia, con conseguente estromissione dalla procedura del potenziale aggiudicatario.

A tal proposito, si è ritenuto che il RUP, ben possa procedere all'emanazione di tali atti intermedi, esercitando un proprio autonomo potere e ciò anche laddove questo soggetto non coincida con il dirigente/responsabile del servizio/settore competente e non abbia funzioni dirigenziali. In tal senso è orientata sia l'ANAC<sup>32</sup> che la più recente giurisprudenza, di seguito esaminata.

Tuttavia detta possibilità solleva dubbi pratico/operativi nelle ipotesi in cui il RUP non disponga di quei poteri gestionali che gli consentirebbero di impegnare l'amministrazione verso l'esterno.

In particolare tale prerogativa del RUP si pone in contrasto (i) con le disposizioni del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (nel seguito "T.U. Pubblico Impiego")<sup>33</sup> e del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (nel seguito "T.U. Enti locali")<sup>34</sup> secondo cui questo tipo di atti (a valenza esterna) sono di competenza esclusiva dirigenti e (ii) con la legge generale sul procedimento amministrativo. E infatti l'art. 6, comma 1, lett. e) della legge 241/1990 prevede che il responsabile del procedimento *"adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale"*. Anche detta norma, infatti, precisa che la prerogativa dell'adozione del

<sup>32</sup> Sul punto si vedano le Linee Guida n. 3 nella parte richiamata *supra* § 4

<sup>33</sup> Il riferimento normativo essenziale è l'art. 4, commi 2 e 3 del TU Pubblico Impiego ai sensi del quale *"ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e dei provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno ... Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati"*. Il comma 3 precisa inoltre che *"le attribuzioni del dirigente indicate dal comma 2 possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative"*.

<sup>34</sup> Il riferimento normativo essenziale è l'art. 107, comma 2, secondo cui *"Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108"*.

“provvedimento finale” è esclusivamente del dirigente al quale sono attribuite le competenze gestionali.

Il modello immaginato dalla 241/1990, in sostanza, impedisce ad un soggetto sprovvisto di prerogative dirigenziali di adottare atti in grado di impegnare l'amministrazione d'appartenenza verso l'esterno. Tali atti, nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo, competono al dirigente e negli enti privi di dirigenti, al responsabile del servizio individuato con decreto del capo dell'amministrazione. Anche in giurisprudenza (non in materia di appalti pubblici) la questione risulta chiaramente specificata<sup>35</sup>: il TAR Toscana puntualizza, infatti, che *“la stabile attribuzione a funzionari privi qualifica dirigenziale del compito di adottare atti amministrativi con rilevanza esterna contrasta con il disposto dell'art. 17, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 165/2001 (T.A.R. Toscana, Sez. III, n. 1700/2015)”*. Il giudice chiarisce che il provvedimento firmato da un soggetto non competente, che non abbia le prerogative gestionali per dare valenza esterna all'atto, deve considerarsi assolutamente *“nullo e non semplicemente annullabile”*.

Ebbene, l'attuale disciplina del RUP (costituita dal Codice, come integrata e specificata dalle Linee Guida n. 3), pare – parzialmente – discostarsi da questa configurazione. In questo senso in dottrina è stato osservato che tale configurazione *“sembra introdurre un “modello” di azione amministrativa diverso ed ulteriore rispetto alla dinamica di azione del responsabile del procedimento come disciplinata dalla legge 241/1990”*<sup>36</sup>.

### ***5.3.1 Le ammissioni e le esclusioni ad esito della verifica della documentazione amministrativa***

La questione dei poteri del RUP ad adottare il potere di esclusione e di ammissione alla procedura è stata recentemente oggetto di analisi da parte della giurisprudenza. Il TAR Veneto<sup>37</sup> è stato interrogato sulla legittimità di un provvedimento di esclusione adottato dal dirigente/responsabile del servizio in luogo del responsabile unico del procedimento.

Il giudice, aderendo alla tesi della parte ricorrente, ha ritenuto che tale provvedimento fosse illegittimo in quanto emanato in violazione dell'art. 31 del Codice che, unitamente alle Linee Guida n. 3, rimette alla competenza del RUP l'emanazione di tale provvedimento. Il TAR rammenta che il responsabile unico è il soggetto posto a presidio del procedimento ad evidenza pubblica a cui spettano tutti i compiti delle relative fasi che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o

<sup>35</sup> Cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 18 dicembre 2017, n. 157.

<sup>36</sup> S.USAI, *Responsabile del procedimento e RUP: un doppio modello di azione amministrativa*, in *Urbanistica e Appalti*, 2018, 2, 170. L'Autore ritiene – ragionevolmente – che tale configurazione non emerga pacificamente dal Codice e che è stata “introdotta” per opera degli interventi dell'ANAC.

<sup>37</sup> Cfr. TAR Veneto-Venezia, sez. I, 27 giugno 2018, n. 695.

soggetti. Nel caso esaminato non vi era alcuna attribuzione a soggetti diversi dal RUP della competenza ad emanare il provvedimento di esclusione.

Ad avviso del giudice la propria conclusione trova conferma in un orientamento giurisprudenziale consolidato formatosi già nel vigore del d.lgs. 163/2006<sup>38</sup>. Il Collegio ritiene che tale impostazione coglie la *“volontà del legislatore (racchiusa nella richiamata disposizione) di identificare nel responsabile unico del procedimento il dominus della procedura di gara, in quanto titolare di tutti i compiti prescritti, salve specifiche competenze affidate ad altri soggetti”* (TAR Veneto-Venezia, sez. I, n. 695/2018) e appare perfettamente coerente con quanto precisato dal Consiglio di Stato, pronunciatosi sullo schema di decreto correttivo del Codice<sup>39</sup>.

Nello stesso senso – anche se da prospettiva differente – si è pronunciato di recente il TAR Campania<sup>40</sup> che nell’esame di un ricorso avverso un verbale di seggio di gara con il quale era stata disposta l’esclusione di un operatore economico (all’esito della valutazione della documentazione amministrativa per mancato possesso dei requisiti economico finanziari), ne ha pronunciato l’inammissibilità, in quanto proposto avverso atto endoprocedimentale. Ad avviso del Collegio, infatti, *“la lesione del bene giuridico anelato dal concorrente escluso in sede di gara per mancanza dei requisiti partecipativi deve ritenersi posticipata all’adozione dell’atto conclusivo del segmento procedimentale indirizzato alla verifica del possesso dei requisiti dei candidati”*. Tale segmento procedimentale si conclude solo ad esito *“dell’ulteriore controllo del RUP sulla regolarità dell’operato svolto dalla Commissione di gara”* con il quale *“viene definitivamente decretata l’estromissione dalla gara dei concorrenti risultati privi dei requisiti richiesti ed approvato l’elenco delle imprese ammesse a partecipare al confronto concorrenziale, assoggettato all’avviso di trasparenza di cui all’art. 29, comma 1, D.lgs. 50/2016”*.

In altre parole anche per il richiamato TAR la competenza all’emanazione dei provvedimenti di esclusione rientra tra le prerogative del RUP, posto che l’art. 31 del Codice attribuisce direttamente a tale soggetto il compito di adottare le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate ed a formalizzare all’esterno gli atti della procedura. Anche ad avviso della citata giurisprudenza detta competenza si estende, pertanto, all’adozione dei provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla gara. Si giunge a questa conclusione richiamando un orientamento del Consiglio di Stato che è stato da quest’ultimo definito *“pacifico”* (cfr. Cons. Stato, sez. III, 19 giugno 2017, n. 2983 e giurisprudenza ivi richiamata).

<sup>38</sup> Cfr. TAR Campania-Napoli, sez. VIII, 19 ottobre 2017, n. 4884, Cons. Stato, sez. III, 19 giugno 2017, n. 2983.

<sup>39</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Commissione Speciale, 25 settembre 2017, n. 2040 nel quale risulta confermata *“l’assoluta centralità del ruolo del RUP nell’ambito dell’intero ciclo dell’appalto, nonché le cruciali funzioni di garanzia, di trasparenza e di efficacia dell’azione amministrativa che ne ispirano la disciplina codicistica”*.

<sup>40</sup> Cfr. TAR Campania-Napoli, 31 gennaio 2019, n. 467.

Dirimente sul punto anche la posizione espressa dalle Linee Guida ANAC n. 3 (sulle quali ci si è già soffermati *supra* § 4). Ad avviso dell'ANAC, difatti, il controllo della documentazione amministrativa è svolto dal RUP e, anche nel caso in cui la stazione appaltante decida di demandare tale controllo ad un seggio di gara istituito ad hoc oppure ad un apposito ufficio/servizio a ciò deputato, il Responsabile del procedimento è chiamato in ogni caso ad esercitare una funzione di coordinamento e controllo, *“finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure”* e successivamente *“ad adottare le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate”*.

In ragione degli autorevoli orientamenti del Consiglio di Stato e dei TAR esaminati e della posizione di ANAC, non parrebbe che possano sussistere dubbi in ordine alla competenza del RUP ad adottare *“provvedimenti intermedi”* della procedura selettiva, anche nell'ipotesi in cui lo stesso non coincida con il responsabile del servizio e non sia dotato di funzioni dirigenziali.

### 5.3.2 La verifica dell'anomalia ed il conseguente provvedimento di estromissione

Medesimo ragionamento può essere fatto per la verifica dell'anomalia e per i conseguenti provvedimenti di estromissione dalla procedura del potenziale aggiudicatario. Anche tali provvedimenti paiono, difatti, rientrare tra quelli *“intermedi”* che, ad avviso della giurisprudenza e dell'ANAC, indubbiamente rientrano tra le prerogative del RUP<sup>41</sup>.

In questo senso, infatti, nella sezione relativa alla verifica dell'anomalia dell'ultimo Bando tipo<sup>42</sup> si legge che *“Al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 97, comma 3, del Codice, e in ogni altro caso in cui, in base a elementi specifici, l'offerta appaia anormalmente bassa, il RUP, avvalendosi, se ritenuto necessario, della commissione, valuta la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità delle offerte che appaiono anormalmente basse”* per concludere che il RUP, dopo aver richiesto giustificazioni ed aver attivato il contraddittorio con l'operatore economico interessato, *“esclude (...) le offerte che, in base all'esame degli elementi forniti con le spiegazioni risultino, nel complesso, inaffidabili”* e procede alla proposta di aggiudicazione.

Sempre in merito alla verifica dell'anomalia pare utile segnalare che, in coerenza con le Linee Guida n. 3 e con il sopra-riportato passaggio del Bando-tipo, il RUP diviene il *dominus* di tale segmento procedurale, rientrando tra le sue facoltà la scelta di avvalersi o meno della Commissione di gara. Da ciò discenderebbe, secondo la

<sup>41</sup> Si rammenta che l'ANAC ai sensi del comma 5 dell'art. 31 del d.lgs. 50/2016 ha definito con le proprie Linee Guida n. 3 la *“disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP”* includendo espressamente tra i compiti del RUP la verifica di cui si tratta.

<sup>42</sup> Bando-tipo n. 1/2017 approvato dall'ANAC con delibera n. 1228 del 22 novembre 2017, ai sensi dell'art. 213, comma 2 del d.lgs. 50/2016, recante lo *“Schema di disciplinare di gara per l'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, aggiudicati all'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo”* pubblicato in G.U. – Serie Generale 22 dicembre 2017, n. 298.

ricostruzione dell'ANAC<sup>43</sup>, che a differenza di quanto avveniva in passato, l'intervento dell'organo collegiale sia divenuto solo eventuale e viene deciso dal RUP.

Diversamente nella previgente disciplina (nel vigore del d.lgs. 163/2006), in accordo con quanto era emerso in giurisprudenza, il passaggio del RUP attraverso la Commissione, nella fase di verifica dell'anomalia costituiva un atto dovuto e obbligatorio. In questo senso si era pronunciato, invero per una fattispecie per la quale trovava già applicazione il nuovo codice (ma precedente all'ultimo aggiornamento delle linee guida n. 3 e alla riportata versione del Bando tipo n. 1), il TAR Campania<sup>44</sup>, precisando che il RUP prima di adottare qualunque decisione in merito all'anomalia avrebbe dovuto acquisire obbligatoriamente il parere (non vincolante) della Commissione. Ad avviso di tale giurisprudenza il supporto dell'organo collegiale era necessario in quanto la Commissione rappresenta il soggetto competente ad esaminare le componenti tecniche dell'offerta. Ciò con la conseguenza che dal "mancato passaggio" in Commissione discenderebbe l'illegittimità della decisione assunta dal RUP.

Sul punto, prendendo atto del "nuovo orientamento" dell'ANAC, non resta che attendere i nuovi sviluppi giurisprudenziali.

#### ***5.4 Gli eventuali poteri del RUP in sede di adozione dei provvedimenti conclusivi della procedura: aggiudicazione e revoca degli atti di gara.***

Le medesime conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza in merito alle prerogative del RUP ad adottare atti "intermedi" a rilevanza esterna non si ritrovano in ordine alla individuazione del soggetto competente all'adozione dei provvedimenti conclusivi della procedura selettiva, quali l'aggiudicazione e il provvedimento di revoca degli atti di gara.

Partendo dall'ultima questione (la revoca degli atti di gara), si osserva che si è di recente pronunciato il TAR Lazio<sup>45</sup> che, interrogato (da parte di una società che riteneva di aver presentato l'offerta migliore) sulla competenza di un RUP ad adottare un provvedimento di revoca degli atti di una gara bandita da RFI S.p.a., ne ha stabilito l'illegittimità per violazione dell'art. 31 del Codice, in quanto tale norma non contempla e non attribuisce espressamente detto potere al responsabile unico.

La citata decisione è di particolare interesse in quanto, pur trattando di una vicenda di revoca, svolge considerazioni di carattere generale circa la competenza del RUP ad adottare provvedimenti finali. Ad avviso del TAR è fondata la questione sollevata dalla società ricorrente in relazione all'incompetenza del RUP all'adozione di un atto

<sup>43</sup> Ciò in linea con quanto indicato dal Bando-tipo n. 1/2017.

<sup>44</sup> Cfr. TAR Campania-Napoli, sez. VIII, 19 ottobre 2017, n. 4884.

<sup>45</sup> Cfr. TAR Lazio-Roma, Sez. III, 4 dicembre 2018, n. 11781.

finale della procedura ad evidenza pubblica. E ciò in quanto la delega formale fornita al RUP da parte del dirigente/responsabile del servizio non può, in ogni caso, *“esorbitare dai limiti prescritti dal decreto legislativo n. 50 del 2016”* che, come abbiamo visto, all’art. 31, prevede che *“il RUP 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”*. Ad avviso del giudice la riportata norma non contempla tra le competenze assegnate al RUP quelle all’adozione del provvedimento finale riferendosi, esclusivamente, a compiti di impulso, di istruttoria e di proposta.

La lettura fornita dalla giurisprudenza in esame è indubbiamente compatibile con la regola generale contenuta all’art. 6, comma 1, lett. e) della legge 241/1990<sup>46</sup>. Tale norma, infatti, come visto, precisa che la prerogativa dell’adozione del provvedimento conclusivo del procedimento è esclusivamente del dirigente al quale sono attribuite le competenze gestionali.

Il riferimento giurisprudenziale espresso avendo riguardo alla revoca degli atti di gara si ritiene possa essere esteso a tutti i provvedimenti conclusivi della procedura. Tra questi possono farsi rientrare (i) l’atto con il quale la stazione appaltante decida di non aggiudicare la commessa (naturalmente ove ne sussistano i presupposti) e (ii) il provvedimento di aggiudicazione.

Tali provvedimenti infatti non si ritiene possano essere adottati direttamente dal RUP – non dotato delle relative competenze gestionali – che si dovrà *“limitare”*, nell’esercizio dei propri compiti di impulso, di istruttoria e di proposta, a predisporre la proposta di provvedimento (ovvero, rispettivamente, il provvedimento di non assegnazione della commessa e la *“proposta di aggiudicazione”*) corredata dell’apparato motivazionale, così da consentire al soggetto competente (ovvero il dirigente responsabile del servizio/settore) l’adozione del provvedimento *“finale”* conclusivo della procedura.

In relazione alla *“proposta di aggiudicazione”* detta conclusione pare indirettamente suffragata anche da recente giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>47</sup> secondo cui a seguito dei lavori della Commissione, è il RUP a dover esercitare i suoi poteri di verifica e di controllo nell’esercizio di una sua *“tipica funzione di verifica e supervisione sull’operato della commissione (in tal senso ex multis, Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2012, n. 36)”*. Ad ogni modo, ad avviso del Consiglio di Stato, il RUP è l’*“organo deputato”* al controllo *“non solo di legittimità ma anche di merito dell’operato della*

<sup>46</sup> Secondo cui il responsabile del procedimento *“adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all’organo competente per l’adozione. L’organo competente per l’adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell’istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale”*.

<sup>47</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11 ottobre 2018, n. 6725.

*commissione giudicatrice al fine di verificare la rispondenza dell'offerta presentata agli obiettivi di interesse pubblico da conseguire attraverso il contratto posto a gara".*

Il tema, ha un grande impatto in termini operativi, aiutando a comprendere come si distribuiscono nell'ambito della fase di aggiudicazione di una gara pubblica le competenze tra la Commissione, il RUP, e il Dirigente responsabile del settore/servizio.

Ebbene, in linea con quanto visto, con sforzo di sintesi, si può affermare che: la Commissione dispone di un potere di valutazione tecnica delle offerte, rientrando nelle sue attribuzioni la redazione della graduatoria sulla base dei punteggi attribuiti (cfr. art. 77 del Codice), il RUP, nell'ambito della propria funzione di supervisione, istruttoria e di controllo, ha il compito di redigere la proposta di aggiudicazione<sup>48</sup> (cfr. art. 33, comma 1 del Codice), e il Dirigente responsabile del servizio, dovrà emanare l'atto che impegna la Stazione Appaltante verso l'esterno (art. 32, comma 5 del Codice<sup>49</sup>), ovvero il provvedimento di aggiudicazione.

Da ciò discende una diretta conseguenza in ordine all'individuazione del termine di impugnazione. E, infatti, essendo la Stazione Appaltante, in persona del dirigente responsabile del servizio, l'unico soggetto legittimato ad emanare l'atto finale che impegna l'amministrazione verso l'esterno, bisognerà aver riguardo al solo provvedimento di aggiudicazione, e più precisamente alla relativa data di notificazione (comunicazione o piena conoscenza) al fine dell'individuazione del *dies a quo* per il calcolo della decorrenza del termine di impugnazione.

Sicché, ai fini del decorso di tale termine, non rilevano: (i) secondo solido indirizzo giurisprudenziale pregresso<sup>50</sup>, la presenza del rappresentante dell'operatore economico candidato alla seduta di gara ove vengono comunicati i punteggi

<sup>48</sup> In questo senso in Dottrina S. USAI, *La proposta di aggiudicazione compete al RUP e non alla commissione di gara*, in *Gazzetta degli Enti locali*, 30 maggio 2017 secondo cui "la proposta di aggiudicazione si attegge come atto complesso che implica l'intervenuto controllo da parte del RUP, che provvederà alla predisposizione di un atto specifico da approvare da parte dell'organo competente della stazione appaltante che altri non può essere se non il dirigente/responsabile del servizio". In senso difforme in Giurisprudenza va segnalato TAR Lazio, Roma sez. II-ter, 10 maggio 2017, n. 5613/2017, che attribuisce tale competenza alla commissione di gara. Tuttavia tale conclusione non sposta i termini della questione in esame.

<sup>49</sup> Secondo cui "La stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione".

<sup>50</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 novembre 2016, n.11092: "Ai fini dell'impugnazione degli atti di gara, la presenza di un delegato di un'impresa concorrente alle operazioni di gara di apertura delle offerte tecniche e di quelle economiche, nonché di aggiudicazione provvisoria, non determina per la suddetta impresa il *dies a quo* per la proposizione del ricorso, atteso che solo l'aggiudicazione definitiva produce, nei confronti dei partecipanti alla gara diversi dall'aggiudicatario, un effetto lesivo (consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della Stazione Appaltante o altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione della gara); sì che solo dalla piena conoscenza dell'aggiudicazione definitiva (in quanto unico atto conclusivo della procedura selettiva, in relazione al quale sorge un onere di tempestiva impugnazione da parte dei concorrenti non aggiudicatari) e di tutti gli elementi di cui al comma 2, lett. c), dell'art. 79, d.lg. n. 163 del 2006 decorrono i termini per l'impugnazione di quegli atti che hanno portato all'aggiudicazione provvisoria (avente, in ogni caso, natura di mero atto endoprocedimentale, la cui autonoma impugnazione costituisce una mera facoltà)".

dell'offerta tecnica e dell'offerta economica dei candidati<sup>51</sup>; (ii) la conoscenza della proposta di aggiudicazione<sup>52</sup>. Tali circostanze, difatti, rappresentano esclusivamente manifestazioni di fasi endo-procedimentali. Come noto, ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, del codice del processo amministrativo è inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione e degli altri atti endo-procedimentali, essendo tali atti privi di immediata lesività<sup>53</sup>. Diversamente l'unico atto impugnabile è quello conclusivo della procedura selettiva e il termine di impugnazione potrà iniziare a decorrere esclusivamente dalla piena conoscenza del medesimo<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 23 luglio 2018, n. 4442 secondo cui peraltro nemmeno la pubblicazione della delibera di aggiudicazione sull'albo pretorio della Stazione Appaltante sarebbe di per sé idonea a far decorrere il termine di impugnazione di cui all'art. 120, comma 5, c.p.a. che fa riferimento alla ricezione della comunicazione di cui all'art. 76, comma 5, del d.lgs. 50/2016: *"Inoltre, quanto alla presenza della signora Bertoli di Euroristorazione, che avrebbe così conoscenza in tale circostanza dei punteggi attribuiti dalla Commissione all'offerta tecnica di Euroristorazione, deve ritenersi che, se è vero che l'art. 76 d.lgs. n. 50-2016 non prevede le forme di comunicazione dell'aggiudicazione come esclusive e tassative e dunque non incide sulle regole generali del processo amministrativo in tema di decorrenza dei termini di impugnazione dalla data di notificazione, comunicazione o comunque piena conoscenza dell'atto (con la conseguenza che lascia in vita la possibilità che la piena conoscenza dell'atto, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita con altre forme), è altresì vero che il codice dei contratti attribuisce esclusivamente alla stazione appaltante la competenza all'aggiudicazione della gara (art. 32, comma 5), rientrando nelle attribuzioni della commissione giudicatrice (art. 77) e/o del RUP (art. 31) soltanto la redazione della graduatoria sulla base dei punteggi attribuiti e, conseguentemente, la proposta di aggiudicazione (art. 33, comma 1).*

*Pertanto, la presenza di un rappresentante dell'impresa ricorrente nella seduta pubblica del 21 marzo 2017 nel corso della quale è stata data comunicazione dei punteggi dell'offerta tecnica ottenuti dalle ditte concorrenti, sono state aperte le buste contenenti le offerte economiche, è stata stilata la graduatoria finale ed è stato dichiarato che l'offerta classificatasi al primo posto in graduatoria era quella della ditta controinteressata, è affatto irrilevante ai fini della determinazione del dies a quo per la proposizione del ricorso, atteso, appunto, che solo dalla piena conoscenza della aggiudicazione, quale atto conclusivo della procedura selettiva - piena conoscenza che nel caso di specie risulta acquisita dalla ricorrente soltanto a seguito della comunicazione (ex art. 76 del codice dei contratti) del provvedimento adottato dalla stazione appaltante, decorrono i termini per l'impugnazione dell'aggiudicazione (e ciò senza contare che non è stata fornita alcuna prova che la rappresentante dell'impresa presente fosse anche dotata di effettivi poteri rappresentativi)".* In termini Cons. Stato, sez. III, 11 ottobre 2018, n. 5859; TAR Lombardia, sez. I, 10 settembre 2018, n. 2056; TAR Lazio, sez. III, 27 luglio 2018, n. 8511.

<sup>52</sup> Cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 17 maggio 2018, n.539: *"Fermo restando che il d.lg. n. 50 del 2016 non prevede più l'atto di aggiudicazione provvisoria e il provvedimento di aggiudicazione definitiva, ma, ai sensi degli art. 32, comma 5, e 33, comma 1, disciplina la proposta di aggiudicazione e il provvedimento conclusivo di aggiudicazione, e che « l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti », è inammissibile il ricorso nel caso in cui, dall'analisi dei dati fattuali e giuridici, non è dubitabile che, allo stato, non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione definitiva, secondo l'inattuale terminologia adoperata dalla disciplina di gara, bensì solo l'aggiudicazione provvisoria, equivalente alla c.d. proposta di aggiudicazione".* In termini *ex pluribus*: T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 6 aprile 2018, n. 928.

<sup>53</sup> In tema della decorrenza del termine per impugnare e sulla disciplina di cui all'art. 120, comma 5, M. CORTESE, *Il rito super-speciale ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a.*, in questa rivista, fascicolo n. 11-12/2018 in corso di pubblicazione.

<sup>54</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 5 gennaio 2018, n.107: *"La comunicazione di cui all'art. 76, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, che deve essere fatta d'ufficio immediatamente (e comunque non oltre gg. 5) da parte della Stazione Appaltante, nel riferirsi all'"aggiudicazione" (non ulteriormente qualificata), si riferisce all'atto conseguente all'approvazione dell'organo competente e non alla "proposta di aggiudicazione" (di cui all'art. 33) o "aggiudicazione provvisoria" secondo la terminologia del Codice previgente. La proposta di aggiudicazione, peraltro, fa nascere una mera aspettativa in capo all'interessato alla positiva definizione del procedimento stesso, in quanto in essa non si individua il provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica, avendo per sua natura un'efficacia destinata ad essere superata. Non a caso l'art. 204 del nuovo Codice Appalti sancisce espressamente l'inammissibilità della impugnazione della proposta di aggiudicazione di cui agli artt. 32 e 33 del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016".*

Tornando al tema in esame dei poteri del RUP si può affermare, in definitiva, che l'attuale disciplina (come integrata dall'ANAC e interpretata dalla recente giurisprudenza) si sia orientata verso una distinzione tra atti "intermedi" a rilevanza esterna (quali ammissioni, esclusioni, valutazione dell'anomalia e conseguenti estromissioni) e atti "finali" (quali provvedimento di aggiudicazione e di non aggiudicazione, revoca degli atti gara). Come esaminato, soltanto gli atti rientranti nella prima categoria paiono rientrare tra i compiti specifici attribuiti al RUP. Da tale assunto discendono due ordini di valutazioni:

- i. è dubbia l'attribuzione di tali prerogative in capo al RUP posto che, nell'ipotesi (prevista come generale) in cui detta figura non corrisponda al Dirigente/responsabile del servizio, si attribuirebbe ad un soggetto non competente, in quanto non dotato di prerogative gestionali, il potere di emanare atti con valenza esterna impegnativi della stazione appaltante, in sostanziale violazione delle regole generali sul procedimento amministrativo contenute nella legge n. 241/1990 oltre che di quelle in tema di dirigenza pubblica sancite dal T.U. Pubblico Impiego e dal T.U. Enti locali;
- ii. è dubbia la stessa distinzione tra atti "intermedi" a rilevanza esterna e atti "finali" posto che i primi alla stregua dei secondi impegnano la stazione appaltante verso l'esterno. A conferma di ciò si rileva che entrambe le categorie sono suscettibili di autonoma impugnazione (si pensi al provvedimento di esclusione o a quello d'ammissione ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, come anche al provvedimento di aggiudicazione o di revoca degli atti di gara). Sicché per le medesime ragioni che conducono la giurisprudenza ad escludere la possibilità del RUP ad emanare i provvedimenti "finali" in quanto esorbitanti "dai limiti prescritti dal decreto legislativo n. 50 del 2016" (TAR Lazio-Roma, Sez. III, 4 dicembre 2018, n. 11781), potrebbero essere ragionevolmente utilizzate per escludere dalle prerogative del RUP l'emanazione dei provvedimenti "intermedi", posto che anche questi ultimi sono connotati di definitività (e, dunque, non potrebbero essere posti in essere da soggetti sprovvisti dei corrispondenti poteri gestionali/dirigenziali). Di conseguenza i compiti RUP potrebbero più correttamente (rispetto al contesto ordinamentale) essere ricondotti a "tutti" gli atti endo-procedimentali "relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice" ovvero alle attività di impulso, di istruttoria e di proposta che non impegnano l'amministrazione verso l'esterno.