

# Lavori Pubblici

Informazione tecnica **on-line**

## Nuovo Codice Appalti: Il Consiglio di Stato sulle linee guida relative al RUP

10/08/2016



Dopo il parere n. 855 sul Codice dei contratti espresso dal **Consiglio di Stato** l'1 aprile 2016 che, leggendo le 228 pagine, era costellato più di ombre che di luci, è arrivato il parere sulle prime linee guida che non può dirsi non in linea con quello espresso per il Codice stesso.

Si tratta delle **tre linee guida** relative al **Responsabile Unico del Procedimento**, all'**Offerta economicamente più vantaggiosa** ed ai **Servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria** sulle quali il Consiglio di Stato ha espresso il proprio **parere 2 agosto 2016, n. 1767**; le tre linee guida

vengono demolite, in alcuni punti, dai giudici di Palazzo Spada che mettono a nudo tutte le possibili criticità del **farraginoso sistema utilizzato per completare le norme del nuovo Codice dei contratti**, pensato dal legislatore in sostituzione di un unico Regolamento di attuazione con lo scopo di affidare all'ANAC poteri che esulano, probabilmente dal proprio compito istituzionale.

Esaminiamo oggi le linee guida relative alla *"Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni"* **approvate dall'ANAC il 28 giugno 2016** con la precisazione che le linee guida stesse sono state, anche, oggetto di una nota congiunta del presidente della Commissione Ambiente della Camera e del presidente della Commissione Lavori Pubblici del Senato.

Le **linee guida relative al Responsabile Unico del Procedimento** pubblicate dall'ANAC il 28/6/2016, successivamente alla consultazione online e predisposte in riferimento a quanto disposto all'articolo 31, comma 5 del nuovo Codice, contengono i seguenti paragrafi:

**I.** Ambito di applicazione

**II.** Profili generali

**III.** Requisiti e compiti del RUP nell'affidamento di appalti e concessioni di lavori

**IV.** Requisiti e compiti del RUP nell'affidamento di appalti di servizi e forniture e nelle concessioni di servizi

**V.** Importo massimo e tipologia di 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 del contratto.

I giudici di Palazzo Spada, nel proprio parere, **smontano le linee guida sin dal sommario** ritenendo che le stesse **contengano soltanto una parte a carattere vincolante** visto che integrano la disciplina di rango primario precisando, però **chetale carattere vincolante non può essere esteso a tutto il testo perché** nello stesso oltre all'attuazione del citato articolo 31, comma 5 del nuovo Codice **vengono fornite, anche, indicazioni interpretative**. Fatte queste premesse, il Consiglio di Stato, per ragioni di certezza e chiarezza in ordine a portata e contenuti, precisa che è bene **distinguere**, appunto, sin dal sommario, **le linee guida in due parti separando** in modo chiaro (per evidenti ragioni di certezza per gli operatori) **quelle vincolanti da quelle non vincolanti** che rientrano tra le indicazioni di carattere generale in materia di RUP ai sensi dell'art. 213, comma 2, codice dei contratti pubblici e, viene, dunque, precisato che, al fine di una più agevole individuazione degli argomenti e citazione dei paragrafi e sottoparagrafi in cui sono contenuti, sarebbe preferibile utilizzare **un'unica numerazione progressiva suddivisa nei due paragrafi I** (contenenti le parti non vincolanti) e **II** (contenente le parti vincolanti).

In pratica il **sommario del paragrafo I** relativo alle parti non vincolanti dovrebbe essere strutturato in **ambito di applicazione** (nuovo par. I.1 - par. I attuali linee guida ANAC), **nomina del responsabile del procedimento** (nuovo par. I.2- par. II.1 attuali linee guida ANAC) e **compiti del RUP in generale** (nuovo par. I.3 - par. II.2 attuali linee guida ANAC) mentre il **paragrafo II** relativo alle parti vincolanti dovrebbe contenere **requisiti di professionalità del RUP per appalti e concessioni di lavori** (nuovo par. II.4 - par. III.1 attuali linee guida ANAC), **compiti del RUP per i lavori, nelle fasi di programmazione, progettazione e affidamento** (nuovo par. II.5 - par. III.2.1 attuali linee guida ANAC), **compiti del RUP per i lavori nella fase di esecuzione** (nuovo par. II.6 - par. III.2.2 attuali linee guida ANAC), **requisiti di professionalità del RUP per appalti di servizi e forniture e**

**concessioni di servizi** (nuovo par. II.7 - par. IV.1 attuali linee guida ANAC), **compiti del RUP per appalti di servizi e forniture e concessioni di servizi** (nuovo par. II.8 - par. IV.2 attuali linee guida ANAC), **importo massimo e tipologia di lavori per i quali il RUP può coincidere con il progettista o il direttore dei lavori** (nuovo par. II.9 - par. V.1 attuali linee guida ANAC), **importo massimo e tipologia di servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto** (nuovo par. II.10 - par. V.2 attuali linee guida ANAC) e **responsabile del procedimento negli acquisiti centralizzati e aggregati** (nuovo par. II.11 - par. VI attuali linee guida ANAC)

Dopo queste premesse di carattere generale, i giudici entrano nel merito con **una serie di 19 osservazioni** che possono essere riassunte:

1. **nell'attuale paragrafo II.1.1** e, precisamente, nel terzo e il quarto periodo, occorre evitare la mera riproduzione testuale di disposizioni già contenute nel codice e, pertanto va espunto tutto l'ultimo periodo ("*Il RUP deve essere nominato (...) .stazioni appaltanti.*"), che è meramente riproduttivo dell'art. 1, comma 1, terzo e quarto periodo, del codice;
2. **nell'attuale paragrafo II.1.2**, secondo periodo vengono estese anche al RUP le preclusioni di cui all'articolo 35-bis del decreto legislativo n. 165 del 2001 (rubricato '*Prevenzione del fenomeno della corruzione nella formazione di commissioni e nelle assegnazioni agli uffici*') ed al riguardo i giudici di Palazzo Spada osservano che, al di là della condivisibilità nel merito di una siffatta estensione (che potrebbe essere oggetto di un auspicabile intervento correttivo da parte del Legislatore), non sembra ammessa l'estensione attraverso lo strumento delle linee-guida vincolanti della portata applicativa di disposizioni limitative di *status* soggettivi quale il richiamato articolo 35-bis e, pertanto andrebbe espunto il secondo periodo ("*Le funzioni di RUP non possono essere assunte (...) dell'art. 35 bis del d.lgs. n. 165/2001*");
3. **nell'attuale paragrafo II.1.2** terzo periodo viene precisato, fra l'altro, che "*il ruolo di RUP è incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice)*". A tal proposito, il Consiglio di Stato osserva che la disposizione che in tal modo viene interpretata (e in maniera estremamente restrittiva) è in larga parte coincidente con l'articolo 84, comma 4 del previgente 'Codice' in relazione al quale la giurisprudenza del Consiglio di Stato aveva tenuto un approccio interpretativo di minor rigore, escludendo forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, quali quelle che le linee-guida in esame intendono reintrodurre e, pertanto, non sembra condivisibile che le linee-guida costituiscano lo strumento per revocare in dubbio le acquisizioni giurisprudenziali e, pertanto andrebbe espunto il terzo periodo ("*Le funzioni di RUP devono essere svolte (...) (art. 77, comma 4 del Codice)*");
4. **nell'attuale paragrafo III** vengono individuati, in generale, i requisiti di professionalità richiesti al RUP ma il Consiglio di Stato osserva che l'intero paragrafo è dedicato in modo pressoché esclusivo alla figura del RUP negli appalti e concessioni di lavori, mentre manca di fatto qualunque indicazione in ordine ai requisiti di professionalità del RUP nei servizi e nelle forniture (si pensi, solo a titolo di esempio, ai servizi informatici per i quali è solitamente richiesta una professionalità altamente specialistica) e ritiene che sia opportuno che il documento sia congruamente integrato;
5. **nell'attuale paragrafo III.1.2** vengono individuati i requisiti di professionalità richiesti al RUP per gli appalti e le concessioni di lavori, modulandoli in ragione delle peculiarità – e del valore – della singola gara. Al riguardo (e in senso conforme a quanto rappresentato nel corso della consultazione preliminare) ai giudici di Palazzo Spada appare opportuno prevedere che l'abilitazione professionale richiesta al RUP sia equivalente a quella ordinariamente richiesta per la progettazione e l'esecuzione dell'opera di che trattasi;
6. **nell'attuale paragrafo III.1.3**, nel primo rigo occorre sopprimere le parole "*si prevede che*", e nel secondo rigo sostituire la parola "*debba*" con "*deve*";
7. nell'attuale paragrafo III.1.3, il Consiglio di Stato invita l'ANAC a riflettere sulla necessità e opportunità di dare una definizione di "*lavori di particolare complessità*" che non coincide con quella, contenuta nell'art. 3, lett. oo) del codice di "*lavori complessi*", che a sua volta include la nozione di lavori particolarmente complessi, e che nemmeno pare esplicazione della nozione recata dall'art. 31, comma 7, di appalti "*di particolare complessità*", comprensivi di servizi e forniture, oltre che dei lavori. Si potrebbe allora coordinare la definizione data nelle linee guida con quelle delle fonti primarie, anche prescindendo dal limite di importo previsto dall'art. 3, lett. oo);
8. **nell'attuale paragrafo III.2.1.1.3**, nell'individuare i principali compiti del RUP, viene demandato allo stesso il compito di individuare i lavori di particolare rilevanza, sulla base di quanto desunto da una serie di indici, fra cui "*5. [la] esecuzione in ambienti aggressivi*". Il Consiglio di Stato precisa che tale definizione dovrebbe essere chiarita e specificata;
9. **nell'attuale paragrafo III.2.1.1.3**, lettera f), conformemente a quanto emerso nel corso della consultazione preliminare, al Consiglio di Stato appare opportuno operare un rinvio esplicito alla funzione di indirizzo alla progettazione (già presente nel c.d. 'documento preliminare alla progettazione' – d.p.p. -), che occorrerebbe nuovamente richiamare e in modo espreso, attesa la pregnanza dei relativi contenuti;

10. **nell'attuale paragrafo III.2.1.1.3**, lettera m) i giudici di Palazzo Spada precisano che occorre sostituire le parole “*promuovere*” e “*garantire*”, rispettivamente con “*promuove*” e “*garantisce*”. Inoltre, sempre in tale lett. m), se si specificano i compiti del RUP in relazione alla procedura competitiva con negoziazione, nulla si dice in ordine ai suoi compiti in relazione alla procedura negoziata senza bando di cui all’art. 63 del codice (v. invece quanto disponeva l’art. 10, lett. h), d.P.R. n. 207 del 2010);
11. **nell'attuale paragrafo III.2.1.1.3**, lettera o) si afferma che il RUP “*richiede all’amministrazione aggiudicatrice la nomina della commissione nel caso di affidamento con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa*”. Si mutua così, testualmente, il previgente art. 10, lett. i), d.P.R. n. 207 del 2010. Tuttavia, occorre tener conto che nel mutato contesto ordinamentale, ai sensi dell’art. 77 del codice, nella maggior parte dei casi per la nomina della commissione occorre chiedere una rosa di nomi all’ANAC. Il consiglio di Stato precisa, però, che occorre integrare la previsione aggiungendo il seguente periodo alla fine: “*,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’articolo 77, comma 3, del codice*”;
12. **nell'attuale paragrafo III.2.1.3.1** al secondo periodo è stabilito che, nel caso di aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la verifica sulle offerte anormalmente basse sia svolta dal RUP con il supporto della Commissione nominata ai sensi dell’articolo 77 del nuovo ‘Codice’. I giudici di Palazzo Spada ritengono che vada verificata la piena coerenza fra tale statuizione e quanto già affermato nel paragrafo II.1.2 dello schema di linee-guida, ove si legge che il ruolo di RUP è incompatibile – fra l’altro – con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice ai sensi dell’articolo 77, comma 4 rinviando, al riguardo a quanto già osservato in relazione al par. II.1.2 terzo periodo dello schema di linee-guida in esame;
13. **nell'attuale paragrafo III.2.2.1** lettera q) il Consiglio di Stato suggerisce una migliore formulazione della lettera q) (che attualmente recita: “*attiva la definizione bonaria delle controversie che insorgono in ogni fase di realizzazione dei lavori ed essere sentito sulla proposta di transazione da parte del dirigente competente*”) come segue: “*attiva la definizione con accordo bonario, ai sensi dell’articolo 205 del codice, delle controversie che insorgono in ogni fase di realizzazione dei lavori e deve essere sentito sulla proposta di transazione ai sensi dell’articolo 208, comma 3, del codice*”.
14. **nell'attuale paragrafo III.2.2.1** lettera x) dove si prevede la trasmissione da parte del RUP, all’amministrazione aggiudicatrice, della documentazione finale dopo il collaudo, si segnala che, rispetto al previgente art. 10, d.P.R. n. 207 del 2010, non è riprodotto il relativo comma 7, che rende chiare le finalità per cui il RUP trasmette la documentazione dell’appalto dopo il collaudo, vale a dire ai fini del giudizio di conto davanti alla Corte dei conti. È pertanto opportuno integrare la lettera x) sostituendo le parole “*trasmette all’amministrazione aggiudicatrice*” con le parole “*trasmette all’amministrazione aggiudicatrice, ai sensi e per gli effetti delle disposizioni di cui al titolo II, capo V, sezione I, del regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214 e di quelle di cui al titolo II, capo I e capo II del regio decreto 13 agosto 1933, n. 1038, nonché dell’articolo 2 della legge 14 gennaio 1994, n. 20*”;
15. **nell'attuale paragrafo IV.1.3** lettere a) e b) i giudici di Palazzo Spada precisano che occorre correttamente definire le soglie di rilevanza comunitaria in coerenza con il codice e le direttive comunitarie, e, pertanto, aggiungono che è necessario che nella lettera a) le parole “*di importo pari o inferiore*” siano sostituite con le parole “*di importo inferiore*”, e, per converso, nella lettera b) le parole “*Al di sopra delle soglie*” siano sostituite con le parole “*per i servizi e le forniture di importo pari o superiore alle soglie*”;
16. **nell'attuale paragrafo IV.2.1** lettera b) è precisato che lo svolgimento da parte del RUP – nei limiti delle proprie competenze professionali – anche delle funzioni di direttore dell’esecuzione del contratto, “*a meno di diversa indicazione della stazione appaltante*”. Il Consiglio di Stato osserva al riguardo che la previsione in questione dovrebbe piuttosto essere collocata nella parte V del documento (la quale, conformemente alla previsione di cui all’articolo 31, comma 5 del ‘Codice’, determina “*l’importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il direttore dell’esecuzione del contratto*”);
17. **nell'attuale paragrafo IV.2.1** le lettere b) ed e) dicono la stessa cosa e pertanto va soppressa la lettera e). Inoltre, tale previsione, che sembra stabilire in termini generali il cumulo delle funzioni di RUP e direttore dell’esecuzione del contratto, lasciando però piena libertà alla stazione appaltante di dare diverse indicazioni, non appare del tutto coordinata con il successivo paragrafo V.2.1 in cui si indica in quali casi e con quali presupposti il RUP svolge anche le funzioni di progettista e direttore dell’esecuzione, senza peraltro lasciarsi margine a una diversa indicazione della stazione appaltante. Il Consiglio di Stato, pertanto sopprimere del tutto la lettera b) ovvero meglio coordinarla con il paragrafo V.2.1 di pagina;
18. **nell'attuale paragrafo V.1.1** le lettera c), individuando i casi in cui il RUP può soggettivamente coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori (DL) o con il direttore dell’esecuzione del contratto (DEC), viene stabilito che tale coincidenza soggettiva sia possibile a condizione che il RUP sia in possesso “*[di] specifica formazione acquisita in materia di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione di opere e servizi pubblici, da parametrare in relazione alla tipologia dell’intervento*”. In merito a tale problematica, i

giudici di Palazzo Spada precisano che dall'esame dello schema di linee-guida in oggetto non risulta chiaramente *chi* debba in concreto svolgere tale parametrizzazione (ci si sarebbe attesi, infatti, tale individuazione restasse espressamente demandata alle linee-guida di cui all'articolo 31, comma 5 e non che il documento operasse sul punto una sorta di '*rinvio oltre*');

19. **nell'attuale paragrafo V.2.1** viene chiesto all'ANAC (conformemente a quanto emerso in sede di consultazione preliminare) di valutare l'introduzione di un'ulteriore ipotesi di non coincidenza soggettiva fra il RUP e il DEC. In particolare, i giudici di Palazzo Spada aggiungono che potrebbe essere inserita l'ipotesi in cui, per ragioni concernenti l'organizzazione interna alla singola stazione appaltante, l'esecuzione di determinate prestazioni debba essere necessariamente affidata a soggetti afferenti a un'unità organizzativa diversa da quella cui afferiscono i soggetti che hanno curato l'affidamento (e ciò, anche a prescindere dalla complessità o dalla peculiarità del servizio svolto).

A cura di **Arch. Paolo Oreto**