

Il responsabile unico del procedimento a membro e/o presidente delle commissioni di gara

19 Maggio 2021

Giuseppe Fiorillo

1. Premessa

L'articolo 1, comma 1 del decreto-legge 32/2019 (cd. "Sblocca Cantieri"), in vigore dal 19 aprile 2019, come modificato dall'articolo 8, comma 7, lett. a), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (il Decreto Semplificazioni) ha modificato il codice degli appalti pubblici, e nello specifico prorogando al **31 dicembre 2021 la sospensione** dell'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione (**acronimo di ANAC**).

In subiecta materia, la norma applicabile è l'articolo 216, comma 12 del decreto legislativo n. 50/2016 e successive modifiche, il quale prevede che la **nomina dei commissari** da parte della stazione appaltante debba avvenire secondo regole di **competenza e trasparenza** preventivamente individuate.

In assenza di albo di cui all'articolo 78 del decreto legislativo 50/2016, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente (dirigente/responsabile del servizio, su proposta del RUP qualora le due figure non coincidano) ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 4 novembre 2020, n. 6818).

Il massimo organo di giustizia amministrativa ha chiarito che l'assenza di criteri approvati a **"monte"** delle procedure da parte della stazione appaltante **non determina ex se l'illegittimità dell'operato** "per il sol fatto della mancata previa formalizzazione di dette regole"; infatti, il comma 12 dell'articolo 216 non deve essere interpretato letteralmente come necessità di un vero e proprio regolamento, rilevando invece, sotto il profilo sostanziale, che la Commissione di gara risulti oggettivamente costituita secondo regole di trasparenza e competenza, anche per il caso di nomina di componenti interni.

Questa norma non impone alle stazioni appaltanti di creare un **proprio elenco di commissari di gara con una procedura selettiva**, e di effettuare poi un sorteggio, ma esige semplicemente che la scelta sia motivata in base alla competenza. La fissazione dei criteri di scelta è implicita nell'individuazione del profilo di competenza richiesto dalla gara, e in ogni caso non è necessaria quando nella struttura della stazione appaltante vi siano professionalità adeguate.

2. Individuazione

L'articolo 5 della legge n. 241/1990 e successive modificazioni dispone che il soggetto che dirige ciascuna unità organizzativa **provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente** addetto all'unità la responsabilità dell'istruttoria e di ogni altro adempimento inerente al **singolo procedimento** nonché, eventualmente, dell'adozione del **provvedimento finale**.

Tale nomina, a norma dell'articolo 4 della citata legge, è obbligatoria per la pubblica amministrazione, salvo che non sia già stabilita a norma di legge o di regolamento.

La mancata indicazione del nominativo del responsabile, secondo il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, non è suscettibile di rilevare come causa d'invalidità dell'avviso o del provvedimento definitivo emanato.

Nel conferimento di tale incarico il dirigente/responsabile dei servizi ha **un'ampia autonomia** e perché è sua la responsabilità complessiva dell'attività amministrativa e quella di risultato e non è vincolato dall'obbligo di motivazione, anche se ritengo quest'ultima **necessaria** in ossequio al disposto dell'articolo 3 della legge n. 241/1990 secondo il quale "ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato, con l'indicazione dei presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria", allo scopo quindi di rendere conoscibile il percorso logico-motivazionale-giuridico seguito nell'assunzione delle proprie determinazioni. Per gli enti locali, sulla base dell'allegato al cosiddetto nuovo ordinamento professionale, di cui all'articolo 3 del Ccnl 31 marzo 1999, confermato dall'articolo 12 del CCNL – Funzioni Locali 18 maggio 2018, è evidente che tale incarico può essere conferito esclusivamente ai **dipendenti di categoria D**. Nel caso in cui siano privi di posizioni di categoria D, l'incarico può essere conferito a personale di categoria C o, in casi limite, di categoria B.

3. Compatibilità e commissione di gara

In materia di contratti di appalto e di concessione aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione, l'articolo 31, comma 3 del decreto legislativo n. 50/2016 dispone: "Il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, 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".

La norma rimarca dunque la **funzione del RUP**, di sostegno istruttorio nell'ambito delle procedure di gara, quale organo avente **competenza generale** ad adottare tutti gli atti (cd. infraprocedimentali) della procedura (compreso la formulazione della proposta di nomina della commissione di gara da sottoporre al proprio dirigente/responsabile del servizio, qualora il RUP non coincida con questo soggetto), non solo di carattere materiale, ma svolgere anche **attività giuridica esternata in propri atti**, incluso l'adozione del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara degli operatori economici.

Di qui l'assoluta **centralità del ruolo del RUP** nell'ambito dell'intero ciclo dell'appalto, nonché le fondamentali funzioni di garanzia, di trasparenza e di efficacia dell'azione amministrativa.

Nella materia degli appalti pubblici detta figura rappresenta l'**architrave dell'intero processo** di realizzazione di un'opera, gravandosi di tutti gli **adempimenti necessari** affinché ogni fase del procedimento si svolga nel rispetto dei principi di legalità, dell'efficienza, dell'economicità, della pubblicità e della trasparenza dell'azione amministrativa e nel rispetto della tempistica contenuta nel cronoprogramma, evitando di incorrere in **ingiustificati ritardi** nel conseguimento dell'opera o del servizio. Esso risponde, quindi, anche del **danno arrecato alla stazione appaltante** per il protrarsi dei lavori, in modo ingiustificato, in virtù del nesso di causa rappresentato dal legame eziologico tra il ritardo e la mancata attivazione necessaria per il corretto sviluppo del processo di realizzazione dell'opera.

La norma individua per ogni singola procedura (intesa come insieme di attività sotto forma di regole ripetitive, sequenziali e condivise, poste in essere per raggiungere uno specifico risultato) per l'affidamento di un appalto o di una concessione, nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi di cui all'[articolo 21, comma 1](#), ovvero nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento, per le esigenze non incluse in programmazione, un responsabile unico del procedimento (RUP) per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione.

La figura del RUP nella disciplina codicistica, coordinata con la legge n. 241/1990, racchiude una **molteplicità di competenze tecniche e amministrative**, anche in termini di assunzione di responsabilità, svolgendo una funzione di garanzia procedurale, spingendosi sino **all'adozione dei provvedimenti di esclusione dei concorrenti**, nel procedimento di individuazione del contraente, rappresentando il vero dominus dell'intera procedura di gara, in quanto titolare di tutti i compiti prescritti, salve specifiche competenze affidate ad altri soggetti (in tal senso, T.A.R. Veneto, sez. I, 27/06/2018, n. 695).

La stazione appaltante potrebbe **distribuire le competenze** tra soggetti diversi in relazione alla propria organizzazione interna, ad esempio: attribuzione **diretta al RUP** che potrebbe avvalersi della collaborazione di **distinti responsabili** di procedimento; costituire un **distinto ufficio** per la verifica formale dei requisiti, il riscontro della documentazione amministrativa, l'utilizzo dell'istituto del soccorso istruttorio nonché l'eventuale adozione del provvedimento di esclusione (**cd. atti intermedi**) adottati dal dirigente/responsabile dell'ufficio stesso che potrebbe anche non essere il RUP; costituire un **seggio di gara**, presieduto dal RUP o di altro dirigente/responsabile del servizio.

a. Rup e commissione di gara

Come accennato nelle premesse, considerata l'inoperatività di scelta dell'albo dei commissari iscritti all'Albo istituito presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione fino al 31 dicembre 2021, e fatta salva eventuale proroga, nella nomina dei commissari la stazione appaltante e, per essa, il RUP, nel caso in cui questi ed il dirigente/responsabile del servizio non coincidano, predisporre la proposta di nomina della commissione di gara ed al dirigente/responsabile compete il potere di adottare la determina, a valenza esterna, di nomina della Commissione, vagliando attentamente possibili situazioni di incompatibilità.

Se qualche commissario ha partecipato attivamente alla predisposizione degli atti di gara non può far parte del collegio, pena l'annullamento dei provvedimenti adottati.

Ai sensi dell'articolo 77, comma 4 del decreto legislativo 50/2016 e successive modifiche, 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. La **nomina del RUP** a membro delle commissioni di gara è **valutata con riferimento alla singola procedura**.

Riveste un ruolo preponderante la **motivazione** posta a base della scelta effettuata in un **procedimento connotato da accentuata discrezionalità**, che renda conto in modo **completo e convincente** dell'uso che si è fatto di detta **discrezionalità** da parte della pubblica Amministrazione.

La dibattuta questione circa la legittimità della presenza del RUP in commissione di gara è stata oggetto di varie pronunce giurisprudenziali in contrasto tra loro.

I giudici di Palazzo Spada (ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 11 settembre 2019, sentenza n. 6135) hanno posto fine alla querelle, ribadendo come non possa sussistere un'incompatibilità per motivi di interferenza e di condizionamento tra chi ha predisposto un avviso pubblico e chi ha verificato la documentazione di gara, non essendo tale evenienza idonea a determinare una lesione del diritto dei partecipanti alla procedura che, di volta in volta, viene in rilievo, ad una valutazione oggettiva e imparziale, scevra da condizionamenti, imponendo quindi una verifica in concreto in ordine all'effettiva sussistenza dei presupposti di fatto e delle ragioni giustificative della preclusione.

Non mancano orientamenti più restrittivi, invero minoritari, che si fondano su criteri volti a privilegiare un'applicazione esclusivamente formale - letterale del dato normativo trascurando la ratio della norma in commento (in tal senso, deliberazione ANAC n. 760 del 04/09/2019).

Con la deliberazione citata, l'ANAC è orientata per una rigida distinzione della fase di preparazione della documentazione di gara da quella di valutazione delle offerte in essa presentate, a garanzia della neutralità del giudizio ed in coerenza con la ratio generalmente sottesa alle cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi, prevenendo probabili effetti negativi generati dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti che a vario titolo sono intervenuti nella procedura concorsuale, contribuendo a definire contenuti e le regole della procedura.

Seguendo il ragionamento dell'ANAC, il RUP non potrebbe essere nominato membro della commissione di gara, considerato che chi elabora le regole del gioco non può anche applicarle in quanto soggetto portatore di una posizione predeterminata; chi si accinge ad applicare le norme deve essere in condizione di assoluta indipendenza ed imparzialità, rivestire la figura di super partes.

Contrariamente, il supremo organo di giustizia amministrativa ha precisato che con la versione del nuovo articolo 4 dell'articolo 77 del decreto legislativo 50/2016, il legislatore ha ritenuto di escludere una incompatibilità automatica tra la figura del RUP e quella di membro di Commissione giudicatrice conseguente al cumulo delle funzioni, demandando all'Amministrazione la valutazione in concreto, con riferimento alla singola procedura, che tenga conto di una qualche comprovata ragione di interferenza o condizionamento tale da compromettere l'imparziale svolgimento dell'incarico di membro della commissione da parte della stessa persona che assunto le funzioni di RUP e dimostrata da parte di colui che deduce la condizione di incompatibilità (cfr. anche T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I – 11/3/2019, n. 742; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III – 2/7/2019 n. 3620; T.A.R. Bologna, 28/04/2020 n. 256).

Per il Consiglio di Stato, quindi nelle procedure di evidenza pubblica il ruolo del RUP può coincidere con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, salva la prova di concreti ed effettivi condizionamenti sul piano pratico; prova che non può desumersi ex se dalla mera commistione di funzioni svolte dallo stesso soggetto nelle fasi di predisposizione degli atti di gara e della sua concreta applicazione, in contrasto con la seconda parte dell'articolo 77, comma 4 del decreto legislativo 50/2016 (T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 24/08/2020 n. 949).

In conclusione ed aderendo alla pronuncia del Consiglio di Stato di affievolimento del rigido principio di incompatibilità ivi previsto, e premesso che il grado di indipendenza ed autonomia del RUP è proporzionale all'attività da compiere - ampia, in presenza di attività discrezionale; bassa, in caso contrario: nel primo caso – presenza di estesa attività discrezionale - è opportuno che il RUP non partecipi alla commissione; nel secondo caso, trattandosi per lo più di attività vincolata e la cui motivazione potrà essere meno dettagliata, il RUP possa intervenire ai lavori della commissione.

b. Rapporto tra RUP e commissione di gara

In merito al rapporto tra RUP e commissione di gara, il primo non compie soltanto operazioni di carattere materiale, ma svolge anche attività giuridica esternata in veri e propri atti, inclusa la competenza all'adozione del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara degli operatori economici, anche se giudicata positivamente dalla Commissione di gara, perché ritenuta dall'amministrazione aggiudicatrice non conveniente o idonea rispetto alle esigenze che la stessa si propone di realizzare attraverso l'affidamento del contratto (Consiglio di Stato, sez. V, 27/11/2019, n. 8091; T.A.R. Lecce, 22/02/2021, n. 311).

In tale ottica, al RUP sono attribuite sia **funzioni di controllo sull'operato della commissione di gara** – nell'ipotesi di appalto aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – e del seggio/ufficio/servizio gare - nell'ipotesi di appalto da aggiudicarsi con il minor prezzo - sia sulle **altre operazioni** e sui conseguenti provvedimenti da adottare.

Le funzioni di **controllo sono sia formali che sostanziali**, entrando nel **merito delle operazioni**: se dovesse riscontrare errori e/o omissioni, il RUP è tenuto a **segnalare i rilievi alla commissione stessa**, non potendosi sostituire al collegio, ma può invitare l'organo valutatore a **riesaminare** la propria posizione.

La commissione, accertate le **anomalie delle offerte**, demanda la concreta **verifica al RUP** per l'adozione dei provvedimenti di esclusione.

Nell'ipotesi in cui la commissione dovesse confermare il **proprio operato contrariamente** ai rilievi formulati del RUP, l'ultima parola spetta al dirigente/responsabile il quale adotterà il provvedimento finale.

Ne consegue che, fino alla **fase dell'aggiudicazione definitiva**, sia il RUP che il dirigente/responsabile del servizio, possono **controllare il procedimento amministrativo** e proporre eventuali correzioni, qualora lo ritenessero necessario.

Pertanto, alla luce di tali condivisibili coordinate giurisprudenziali, deve riconoscersi la piena legittimità della richiesta di chiarimenti e delucidazioni da parte del RUP alla Commissione di gara in ordine alla idoneità tecnica e professionale dell'offerta dopo la comunicazione della proposta di aggiudicazione.

c. “Doppio incarico”: RUP e Presidente della Commissione di gara

Sul **“doppio incarico” di RUP e Presidente della Commissione**, la giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, sez. V, 07/01/2021; T.A.R. Veneto, sez. I, 7/07/2017, n. 660; T.A.R. Campania Napoli, sez. III, 2/07/2019, n. 3620; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 24/08/2020, n. 949) ha chiarito che nelle **procedure ad evidenza pubblica**, il ruolo del **RUP può coincidere con le funzioni di commissario di gare e di presidente della commissione giudicatrice**, a meno che non sussista la **concreta dimostrazione** dell'incompatibilità tra i due ruoli, con riferimento ad attività effettivamente **idonea ad interferire e condizionare gli interessi in giuoco**.

La situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal **dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara** (ad esempio: **elaborazione del capitolato d'appalto, del disciplinare di gara, del bando pubblico**), 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** (T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 25-01-2021, n. 209).

Per predisposizione materiale degli atti di gara devono quindi intendersi “**non già un qualsiasi apporto**” al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto **una effettiva e concreta capacità di circoscriverne autonomamente il contenuto**, con valore univocamente **vincolante per l'amministrazione** ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia **attribuibile esclusivamente al funzionario**.

Nelle gare pubbliche, per potersi concretizzare **l'incompatibilità affermata da un partecipante**, non è sufficiente che al singolo funzionario sia stato affidato un **qualsivoglia incarico tecnico-amministrativo**, ma occorre che nel caso concreto possa venire oggettivamente messa in discussione la garanzia di imparzialità: il che si verifica quante volte siano individuati, quali commissari di gara, **sogetti che abbiano svolto incarichi relativi al medesimo appalto, come compiti di progettazione, di verifica della progettazione, di predisposizione della legge di gara e simili**, e non anche incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altre gare”.

Il principio è quello per cui “sussiste **incompatibilità** solo quando un commissario ha **partecipato alla predisposizione di atti della lex specialis della procedura**”, in coerenza con la ratio della relativa previsione, poiché è solo in tali casi, e cioè in presenza di **attività strettamente correlate** al contratto del cui affidamento si tratta, che si ravvisa in modo accentuato un **rischio per l'imparzialità dei componenti del seggio di gara**. Peraltro, anche nei casi suddetti, non **qualsiasi apporto** al procedimento di formazione della documentazione di gara determina necessariamente una **situazione di incompatibilità**, come emerge dagli approdi giurisprudenziali in materia di partecipazione del RUP alla commissione preposta alla valutazione delle offerte, dove si **esclude un'automatica incompatibilità tra i due ruoli**, confermata infatti dal decreto legislativo n. 56/2017, della previsione del comma 4 dell'articolo 77 del D.lgs. n. 50/2016 in forza del quale “la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla **singola procedura**” (TAR Emilia Romagna, Sez. II, 11/11/2020 n. 732).

Ad integrare la prova richiesta, non è sufficiente il **mero sospetto** di una possibile situazione di incompatibilità, dovendo l'articolo 84, comma 4, essere **interpretato in senso restrittivo**, in quanto disposizione limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione.

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 stesso (cfr., Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082).

Ciò considerato, è da condividere la **tesi per la quale il RUP possa essere nominato membro della commissione di gara**, salva la prova di **concreti ed effettivi condizionamenti**, sul piano pragmatico, verifica che non può desumersi **ex se dalla mera commistione** di funzioni svolte dallo stesso soggetto nelle fasi della predisposizione degli atti di gara e della loro concreta applicazione, anche alla luce **dell'articolo 107** del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, il quale dispone che fra le competenze **ascritte al dirigente ovvero al funzionario incaricato di funzioni dirigenziali** vi sono, tra l'altro, quelle concernenti la **presidenza delle commissioni di gara**, la responsabilità delle procedure d'appalto, la stipulazione dei contratti.

Da ciò il corollario secondo il quale la responsabilità della procedura di gara è connessa dallo stesso legislatore a quella della presidenza delle commissioni nell'ambito dello stesso assetto di competenze di natura gestionale, sicché può agevolmente affermarsi che la sottoscrizione degli atti indittivi della procedura, poiché costituenti provvedimenti tipici della prima delle due indicate competenze, guardata autonomamente ed in linea di principio (ed al netto di specifiche situazioni particolari, ove censurate), non può dar luogo ad una necessaria situazione di incompatibilità del presidente della commissione (o altro componente) che sia anche RUP.

d. Conflitto di interessi

Secondo l'articolo 42, comma 2 de decreto legislativo 50/2016, *“si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62”*.

Spesso la frase idiomatica **“conflitto di interessi”** viene usata senza averne nemmeno fornita una spiegazione, nonostante presenta notevoli differenze rispetto ad altri fenomeni (es. la corruzione) Tentiamo di fornire una **definizione sintetica di conflitto di interesse attuale (o reale)**.

Il conflitto di interessi **reale (o attuale)** è la situazione, lo stato, la condizione in cui l'**interesse secondario** (finanziario o non finanziario) di una persona (agente) **tende a interferire** con l'**interesse primario** di un'altra parte (principale), verso cui la prima ha precisi doveri e responsabilità.

Il conflitto di interessi reale (o attuale) è quindi quello che si presenta nel momento in cui l'agente deve esprimere un giudizio o manifestare la sua volontà.

Questa definizione richiede la presenza di tre elementi chiave:

- **una relazione di agenzia**, ossia una relazione tra un soggetto delegante (principale) e uno delegato (agente), in cui il secondo ha il dovere fiduciario di agire nell'**interesse (primario)** del primo. Ad esempio, i rapporti: amministratori/manager-agente e azienda-principale; medico-agente e paziente-principale; avvocato-agente e cliente-principale; banca-agente e cliente-principale;
- la presenza di un **interesse secondario** nel soggetto delegato (di tipo finanziario o di altra natura);
- la **tendenza** dell'interesse secondario a **interferire** con l'interesse primario. Il termine **“tende a interferire”** vuole sottolineare che l'ingerenza si presenta con **diversa intensità** a seconda, tra l'altro, dell'agente portatore dell'interesse secondario e della rilevanza assunta da tale interesse.

Il Piano Nazionale Anticorruzione 2019, approvato il 21 novembre 2019, stabilisce che **“la tutela anticipatoria di fenomeni corruttivi si realizza anche attraverso la individuazione e la gestione del conflitto di interessi”** , *che non deve essere ristretta alle sole situazioni palesi di conflitto di interessi reale e concreto, che sono quelle esplicitate all'articolo 7 e all'articolo 14 del decreto del Presidente della Repubblica n. 62 del 2013”*, *ma deve prendere in considerazione anche le situazioni di “conflitto che, seppure non tipizzate, potrebbero essere idonee a interferire con lo svolgimento dei doveri pubblici e inquinare l'imparzialità amministrativa o l'immagine imparziale del potere pubblico”*.

Il conflitto di interessi è una situazione che si determina nella rete di relazioni di un soggetto che svolge una funzione pubblica e che dipende dall'interazione degli interessi che sono supportati dalla rete di relazioni, indipendentemente dal comportamento adottato dal soggetto stesso.

È di questo avviso anche il Consiglio di Stato, per il quale il conflitto di interessi è “una condizione che determina il rischio di comportamenti dannosi per l'amministrazione, a prescindere che ad essa segua o meno una condotta impropria”.

Va evidenziato che, in casi particolari in cui si prospettino dubbi sulla condotta da tenere, è consigliabile che il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale, segnalino, ai sensi degli articoli 6 e 6 -bis della legge 241/1990, all'organo competente (negli enti locali, al Responsabile del Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione e per la Trasparenza) la situazione di conflitto di interessi, anche potenziale, dichiarando di astenersi.

Le formulate considerazioni consentono di asserire, come già evidenziato, come non vi sia, neppure in via potenziale, alcun conflitto d'interessi tra l'attività preliminare del Rup e quella della Commissione di gara che induca ad una astensione, salvo la dimostrazione di concreti ed effettivi condizionamenti degli interessi.

4. Osservazioni conclusive

A conclusione di questa breve rassegna si è visto come vi sia **contrasto interpretativo** tra la giurisprudenza amministrativa e l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) con riferimento al **Rup quale componente o presidente delle commissioni di gara: favorevole la prima, in senso negativo la seconda.**

Tuttavia non si può ignorare il dettato legislativo di cui al comma 4 dell'articolo 77 del decreto legislativo 50/2016 il quale dispone: “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. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”.

La locuzione “**è valutata con riferimento alla singola proceduta**” sta a significare che il legislatore ha **espressamente rimesso alla stazione appaltante, organo in possesso di tutti gli elementi/notizie/informazioni, per una valutazione oggettiva e imparziale, scevra da condizionamenti e da posizioni precostituite, in ordine all'effettiva sussistenza di ragioni giustificative della preclusione.**

Una diversa interpretazione che a priori porti ad escludere un cumulo di funzioni e che richieda di volta in volta una attenta valutazione sul piano empirico nonché la concreta dimostrazione di effettivi condizionamenti, finirebbe per eludere la ratio posta a base della norma stessa.

La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è, quindi, valutata con riferimento alla singola procedura (intesa come una pluralità di funzioni e competenze, sequenziali e condivise, descritte sotto forma di regole o di routine), sia sotto il profilo tecnico che amministrativo, che l'articolo 31 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 attribuisce al RUP.

Di seguito vengono riportate alcune **soluzioni operative** che ogni Ente potrà autonomamente seguire in base alle dimensioni e professionalità presenti, previa emanazione di **circolare/direttiva del segretario, per gli enti locali, oppure atto di indirizzo o regolamentare dell'organo politico:**

- accertare che all'interno dell'Ente siano presenti figure professionali in possesso di competenze ed esperienze adeguate all'incarico da ricoprire; in caso negativo, si potrà attingere dall'esterno, assicurando pubblicità e trasparenza;
2. rotazione del dirigente/responsabile del servizio (due anni tra un incarico e l'altro);
 3. ogni dirigente/responsabile del servizio presiede le commissioni di gara di altro settore;
 4. il segretario comunale, negli enti locali di piccole dimensioni ed in presenza di insufficienti professionalità, componente o presidente delle commissioni di gara;
 5. il RUP presiede anche le commissioni di gara, ove compatibile.

Bibliografia

- 1) A. Quarta – Nomina del RUP a membro delle commissioni di gara – Filodiritto – 11 Febbraio 2021
- 2) S. Usai – Media Appalti
- 3) S. Usai (La Gazzetta degli Enti Locali 12/6/2018)
- 4) S. Usai “Responsabile del procedimento e RUP: un doppio modello di azione amministrativa – Urbanistica e Appalti 2/2018 – Ed. Ipsoa
- 5) F. Laudante - Profili problematici della composizione delle Commissioni giudicatrici delle gare d'appalto: una ricostruzione giurisprudenziale – Filodiritto - 31 Ottobre 2019

TAG: *commissioni di gara, appalti pubblici, trasparenza*

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di InFOROmatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.