

Roberto Giovagnoli
(*Consigliere di Stato*)

IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO: PUNTI DI CONTATTO E DISSONANZA TRA LA DISCIPLINA CODICISTICA E QUELLA SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO*

SOMMARIO: **1.** Premessa. - **2.** Il c.d. dovere di soccorso nella disciplina generale del procedimento amministrativo e nel procedimento di evidenza pubblica. - **3.** Gli elementi di diversità tra il RUP e il responsabile del procedimento disciplinata dalla legge n. 241 del 1990. - **3.1.** Dal responsabile del procedimento al responsabile dei procedimenti amministrativi e delle attività privatistiche relative all'intervento da realizzare mediante contratti pubblici. - **3.2.** Il codice dei contratti pubblici fa riferimento al responsabile unico del procedimento come persona fisica e non come un ufficio - **3.3.** Le competenze del responsabile del procedimento nel codice dei contratti pubblici e nella legge n. 241 del 1990. - **4.** Rapporti tra i poteri del RUP e la commissione giudicatrice. - **4.1.** Il RUP presidente o componente della Commissione giudicatrice - **4.2.** I rapporti tra il RUP e le competenze valutative della Commissione - **4.3.** I poteri del RUP nel procedimento di valutazione di anomalia delle offerte.

1. Premessa.

La figura del responsabile unico del procedimento nel settore degli appalti pubblici non ha particolarmente suscitato l'interesse della dottrina. La maggior parte delle trattazioni che si occupano dell'istituto, pur enfatizzando l'importanza del RUP come motore del procedimento, si limitano, tuttavia, nella maggior parte dei casi, a considerare tale figura come una semplice "declinazione" dell'istituto generale già disciplinato dagli artt. 4 e ss. della legge n. 241 del 1990.

L'art. 10 del codice dei contratti pubblici non avrebbe fatto altro, quindi, che inserire nel settore degli appalti (e, in particolare, nel procedimento di evidenza pubblica) una figura già ben conosciuta nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo, senza particolari elementi di novità.

Questa impostazione, se pure parte da una premessa corretta – perché è certamente la legge n. 241 del 1990 ad aver introdotto la figura del responsabile del procedimento nell'ambito

* Relazione tenuta in occasione del convegno organizzato dall'IGI a Roma, il 30 ottobre 2012.

dell'azione amministrativa con una disciplina generale alla quale, anche in forza del richiamo contenuto dell'art. 2, comma 3, del codice dei contratti, occorre fare necessario riferimento per tutti quegli aspetti non espressamente disciplinati dal codice – rischia, tuttavia, di trascurare gli importanti elementi di originalità che invece connotano la figura e il ruolo del responsabile unico del procedimento nel settore dei contratti pubblici.

2. Il c.d. dovere di soccorso nella disciplina generale del procedimento amministrativo e nel procedimento di evidenza pubblica.

Si tratta, del resto, di elementi di originalità che in gran parte risentono della particolarità che investe, a sua volta, lo stesso procedimento di evidenza pubblica differenziandolo da un “comune” procedimento amministrativo: quello di evidenza pubblica è, infatti, un procedimento di stampo concorsuale, in cui domina l'esigenza di assicurare il rispetto della *par condicio* tra gli aspiranti; è, inoltre, un procedimento fisiologicamente soggetto ad una disciplina “speciale”, nel senso che è governato dalla c.d. *lex specialis* (contenuta nel bando o nel disciplinare di gara) che fissa le regole di svolgimento, prescrivendo rigide decadenze e tassative esclusioni.

Le interessanti considerazioni contenute nella *brochure* di questo convegno confermano questa originalità: ci si chiede, infatti, quale sia il campo di applicazione del c.d. dovere di soccorso nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica. Ci si chiede, in altri termini, se, ed in che misura, nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica possa trovare applicazione un principio fondamentale della disciplina generale del procedimento amministrativo, principio che, peraltro, trova in massima parte attuazione proprio nelle norme dedicate al responsabile del procedimento.

Si tratta della regola fondamentale secondo cui l'Amministrazione, a fronte di un'istanza del privato che presenti carenze, errori, aspetti di irregolarità, ha, appunto, un obbligo di collaborazione e soccorso. Un obbligo la cui concreta attuazione è rimessa, come dicevo, proprio all'iniziativa del responsabile del procedimento, il quale ha il dovere, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b) della legge n. 241/1990 di chiedere “*il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete*”, sollecitando il privato a porre rimedio ad eventuali dimenticanze o errori oppure, ai sensi dell'art. 18, comma 3, “*di accertare d'ufficio i fatti, gli stati e le qualità che la stessa amministrazione procedente o altra pubblica amministrazione è tenuta ad accertare*”.

Si tratta di un interrogativo pertinente, perché nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, in effetti, l'applicazione di tali principi è tendenzialmente esclusa.

Si ritiene comunemente, invero, che il c.d. dovere di soccorso e l'obbligo dell'acquisizione d'ufficio di fatti, stati e qualità potrebbe alterare la *par condicio* ed incidere sul divieto di disapplicazione della *lex specialis* contenuta nel bando.

Da qui la tradizionale affermazione giurisprudenziale secondo cui nelle procedure di gara è preclusa qualsiasi forma di integrazione documentale, attesa la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura ad evidenza pubblica con riguardo alla presentazione delle offerte di gara, pena la violazione non solo del canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione della p.a., ma anche del principio della "par condicio" di tutti i concorrenti.

Da qui anche l'ulteriore distinzione tra i concetti di regolarizzazione documentale ed integrazione documentale. Faccio riferimento a quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui il doveroso bilanciamento tra il dovere di provvedere alla regolarizzazione dei documenti presentati dai candidato ed il principio della *par condicio* tra i partecipanti, va ricercato nella distinzione tra il concetto di "regolarizzazione" e quello di "integrazione" documentale. Quest'ultima (l'integrazione) non sarebbe consentita, risolvendosi in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento; sarebbe consentita invece la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione, cui è tenuta l'amministrazione in virtù del principio generale desumibile dall'art. 6 comma 1, lett. b), l. n. 241 del 1990.

Da queste considerazioni prendo l'abbrivio anche la giurisprudenza che esclude l'applicazione della teoria del c.d. falso innocuo nelle procedure di evidenza pubblica.

Come è noto, una parte della giurisprudenza, in passato, aveva ritenuto che nella materia dei pubblici appalti trovasse applicazione la tesi del c.d. falso innocuo e conseguentemente dovesse essere impedita la partecipazione alle gare solo quando in capo all'operatore economico difettano effettivamente le condizioni previste per la partecipazione e non anche quando la dichiarazione pur non veritiera, o incompleta, non fosse idonea a modificare gli esiti della gara. La giurisprudenza aveva, infatti, stabilito che quando *"il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la "lex specialis" non preveda espressamente la sanzione dell'esclusione a seguito della mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, l'omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo al più un'ipotesi di "falso innocuo", come tale non suscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative"* (Cons. Stato, Sezione V, 24 novembre 2011, n. 6240).

Tale tesi è stata, tuttavia decisamente superata dalla giurisprudenza successiva. Come il Consiglio di Stato ha anche recentemente precisato la tesi del cd. falso innocuo non può trovare applicazione nella materia degli appalti pubblici, atteso che il falso è innocuo quando non incide neppure minimamente sugli interessi tutelati, mentre nelle procedure di evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni già di per sé costituisce un valore da perseguire perché consente, anche in coerenza con il principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la

celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara: pertanto, una dichiarazione inaffidabile, perché falsa o incompleta, è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti o non di partecipare alla procedura competitiva (cfr. Cons. Stato, Sezione III, 16 marzo 2012, n. 1471).

Proprio per porre rimedio a tale rigidità, del resto, il legislatore ha recentemente introdotto il principio della tassatività delle cause di esclusione e della nullità delle clausole del bando che violano questa tassatività (con l'art. 4 d.l. n. 70 del 2011 che ha novellato l'art. 46 del codice dei contratti pubblici, inserendo il comma 1-bis che ora prevede: *“La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*).

Anche le novità introdotte dalla novella del 2011 non devono, tuttavia, essere enfatizzate.

Se è vero, per un verso, che il legislatore ha introdotto il comma 1-bis all'articolo 46 Codice Contratti rendendo esplicito l'intento di ampliare il campo di operatività del "soccorso" e riducendo le ipotesi di esclusione dalla gara, per altro verso, come la giurisprudenza ha già evidenziato, non ogni mancanza potrà essere regolarizzata soprattutto nel caso in cui ciò dovesse tradursi in un'alterazione della regola della *par condicio*. La novella, anche a giudizio della migliore dottrina, non vale, ad esempio, ad evitare l'esclusione del partecipante che non abbia adempiuto all'obbligo di legge di rendere le dovute dichiarazioni ex articolo 38 Codice Appalti dovendosi intendere la norma di legge nel senso che l'esclusione dalla gara può essere disposta sia nel caso in cui la legge o il regolamento la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui la legge imponga “adempimenti doverosi” o introduca, come nel caso di specie, “norme di divieto” pur senza prevedere espressamente l'esclusione. In altri termini l'incompletezza o la falsità delle dichiarazioni prescritte dall'articolo 38, comma 1 e 2 e l'omessa osservanza degli adempimenti prescritti dalla legge determinano, per il chiaro tenore della legge, l'esclusione dell'operatore economico e dunque nessuno spazio può avere il dovere di soccorso.

Questa interpretazione ampia del principio di tassatività della cause di esclusione, secondo cui la tassatività può ritenersi rispettata anche quando la legge, pur non prevedendo espressamente l'esclusione, imponga, tuttavia, adempimenti doverosi o introduca norme di divieto, è stata

espressamente recepita dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 6 giugno 2012, n. 21 (punto n. 5.1. della motivazione) e, in precedenza, da Cons. Stato, Sezione III, 16 marzo 2012, n. 1472).

3. Gli elementi di diversità tra il RUP e il responsabile del procedimento disciplinata dalla legge n. 241 del 1990.

A fronte di queste indiscutibili peculiarità della procedura di evidenza pubblica rispetto al tradizionale procedimento amministrativo sarebbe difficile pensare che la figura del responsabile del procedimento, a sua volta, non ne risenta, e che quella disciplinata dall'art. 10 del codice non sia altro che un mero "doppione" (con qualche limitata particolarità) del responsabile del procedimento disciplinato in via generale degli artt. 4, 5 e 6 della legge n. 241 del 1990.

Al contrario, il raffronto tra la disciplina generale del responsabile del procedimento contenuta nella legge n. 241 del 1990 e la disciplina "speciale" della figura del responsabile unico del procedimento dettata dall'art. 10 del d.lgs. n. 163/2006, e poi ulteriormente specificata dagli artt. 9 e 10 del regolamento attuativo (approvato con d.P.R. n. 207/2010) rileva significativi aspetti di diversità.

3.1. Dal responsabile del procedimento al responsabile dei procedimenti amministrativi e delle attività privatistiche relative all'intervento da realizzare mediante contratti pubblici.

Il primo aspetto su cui focalizzare l'attenzione è la diversa portata del principio di "unicità del responsabile".

Infatti, nella legge n. 241 del 1990, il principio della unicità viene riferito al singolo procedimento, nel senso che per ciascun procedimento è previsto l'obbligo dell'amministrazione di individuare un unico responsabile, da intendersi sia come unità organizzativa, sia come funzionario-persona fisica, al quale, all'interno dell'ufficio, sono poi concretamente attribuite le funzioni proprie del responsabile.

L'art. 10 del codice riferisce, invece, il principio di unicità a ciascun "*intervento da realizzarsi mediante contratto pubblico*", precisando che il responsabile debba essere unico per le fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione.

Nonostante si parli comunemente di responsabile unico del procedimento, deve, quindi, rilevarsi che, in questo caso, a rigore, viene in rilievo un soggetto responsabile non di un singolo procedimento, ma di una pluralità di procedimenti: tutti quelli relativi, appunto, alle fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione degli interventi da realizzarsi mediante contratti pubblici.

Non v'è dubbio, infatti, che la complessa attività amministrativa attraverso cui si svolgono le fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione degli interventi oggetto di contratti pubblici implichi lo svolgimento non di un solo procedimento, ma di una pluralità di procedimenti, e l'emanazione di altrettanti provvedimenti amministrativi.

Non si tratta semplicemente un procedimento unitario articolato in più sub-procedimenti, eventualmente di competenza di diversi uffici: ipotesi con riferimento alla quale, in sede di applicazione della disciplina dettata dalla legge n. 241/1990 ci si era chiesti se il responsabile dovesse essere, comunque, unico o se fosse, invece, possibile, individuare un responsabile nell'ambito di ciascuna unità organizzativa competente in relazione alle fasi sub-procedimentali (problema poi risolto, non senza iniziali incertezze interpretativa – cfr., ad esempio, la posizione inizialmente assunta dalla circolare della Funzione Pubblica 5 dicembre 1990 – nel senso della necessità di individuare sempre un solo ufficio responsabile: in tal senso l'art. 2, co. 1, lett. d) d.lgs. n. 29 del 1993, poi trasfuso nel d.lgs. n. 165 del 2001).

Nel caso dei contratti pubblici, si tratta di procedimenti diversi, ciascuno dei quali destinato a sfociare nell'adozione di un provvedimento autonomo. L'art. 10 del codice sembra sancire la necessità di individuare un unico responsabile per tutti questi procedimenti, accomunati solo dal fatto di essere comunque connessi alla realizzazione dell'intervento oggetto del contratto,

Già sotto questo profilo si coglie, dunque, l'importanza e l'innovatività della disciplina i cui all'art. 10 del codice. Non si hanno più, infatti, tanti responsabili quanti sono i procedimenti (come avverrebbe in base alla legge n. 241 del 1990), ma un solo responsabile di tutti i procedimenti funzionali all'intervento da realizzare tramite contratto.

Non solo, mentre nella legge n. 241 del 1990, il responsabile è una figura che riguarda esclusivamente i procedimenti amministrativi strettamente intesi (quelli cioè diretti all'adozione di atti propriamente amministrativi), nel codice dei contratti pubblici l'ampiezza della formulazione normativa (che fa genericamente riferimento alle fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione degli interventi da realizzarsi mediante contratti) porta a ritenere che la figura del responsabile rilevi anche per quelle attività che non sono propriamente procedurali o amministrative, in quanto dirette ad esplicarsi mediante l'adozione di atti aventi natura privatistica.

Si pensi, ad esempio, alle competenze del responsabile del procedimento nella fase di esecuzione del contratto, cui il legislatore fa specifico riferimento, quali, ad esempio l'irrogazione delle penali per il ritardato adempimento degli obblighi contrattuali (art. 10, lett. z), d.P.R. n. 207/2010), la risoluzione del contratto ogni qualvolta se ne realizzino i presupposti (art. 10, lett. bb) d.P.R. cit.), la transazione e la definizione bonaria delle controversie che insorgono nella fase di realizzazione dei lavori (art. 10, lett. cc) d.P.R. cit.): in questo caso non sembra discutibile che i

relativi atti (irrogazione delle penali, risoluzione del contratto, transazione) abbiano natura privatistica e non amministrativa e che, quindi, sotto questo profilo, la figura del responsabile del procedimento sia estesa ad aspetti dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione che non sono inquadrabili nel classico paradigma dell'attività procedimentalizzata di stampo autoritativo.

3.2. Il codice dei contratti pubblici fa riferimento al responsabile unico del procedimento come persona fisica e non come un ufficio.

Ulteriore elemento di differenziazione sta nel fatto che mentre la l. n. 241 del 1990 si occupa del responsabile del procedimento nella duplice accezione di unità organizzativa (disciplinata dall'art. 4) e di persona fisica che nell'ambito dell'unità organizzativa è poi individuato come responsabile del procedimento (art. 5), il codice sembra preoccuparsi esclusivamente del responsabile del procedimento inteso come persona fisica e non come ufficio.

Il comma 1 dell'art. 10 si riferisce, infatti, alla “nomina” del responsabile (e la “nomina”, appunto, riguarda la persona fisica, non l'ufficio); i commi 2, 3 e 4 individuano i poteri del funzionario, non dell'ufficio; i commi 5, 6 e 7 disciplinano i requisiti di professionalità e competenza richiesti al funzionario affinché possa essere nominato responsabile del procedimento (requisiti di professionalità ulteriormente specificati dall'art. 9, comma 4, d.P.R. n. 207 del 2010); il comma 8 prevede l'obbligatoria pubblicazione del “nominativo” del responsabile del procedimento nel bando o avviso con cui si indice la gara ovvero, per le procedure senza bando o avviso, nell'invito a presentare l'offerta; il comma 9 per le stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni o enti pubblici prevede l'obbligo di individuare uno o più soggetti (e non uffici) cui affidare i compiti propri del responsabile del procedimento.

Il responsabile unico del procedimento, nel codice dei contratti, è quindi un funzionario e non un ufficio. Avremo, quindi, la persona fisica responsabile unico del procedimento, ma non l'unità organizzativa responsabile del procedimento.

Tale differenza si può spiegare in considerazione del fatto che, come sopra evidenziato, questo soggetto è chiamato a svolgere i suoi compiti nell'ambito di una pluralità di procedimenti (alcuni dei quali anche di natura non propriamente amministrativa) accomunati esclusivamente dal fatto di essere collegati ad un intervento da realizzarsi mediante contratto pubblico.

Il legislatore vuole che il delicato compito di coordinamento e di impulso di tali procedimenti sia svolto più che da una determinata unità organizzativa, da una persona fisica dotata di adeguati titoli di studio e competenze professionali. Non interessa, quindi, tanto l'ufficio, quanto la persona, quale che sia l'ufficio di appartenenza. L'art. 10, comma 4, richiede soltanto che il responsabile venga scelto tra i dipendenti di ruolo o, in caso di accertata carenza di dipendenti di

ruolo in possesso di professionalità adeguate, tra i dipendenti in servizio (e, dunque, sembrerebbe, in questo caso, eventualmente, anche non di ruolo).

La conclusione, secondo cui il responsabile del procedimento nel codice dei contratti non è mai un ufficio, ma sempre e sola una persona, sembra trovare ulteriore conferma nella previsione del comma 7 dell'art. 10, in base al quale, nel caso in cui l'organico delle amministrazioni aggiudicatrici presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del responsabile, questo viene comunque individuato, ma i compiti di supporto alla sua attività possono in tal caso essere affidati, con le procedure previste per l'affidamento di incarichi di servizi, a soggetti esterni aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico, finanziario, organizzativo e legale.

In questo caso, si crea qualcosa che assomiglia ad una entità organizzativa: si crea, intatti, una struttura organizzativa composta dal responsabile del procedimento e dalla sua apparato di supporto fatto di "esperti" reclutati all'esterno. Si tratta, tuttavia, di un'entità organizzativa profondamente diversa rispetto a quella cui fa riferimento l'art. 4 della legge n. 241 del 1990 quando disciplina l'unità organizzativa responsabile del procedimento. In quest'ultimo caso, infatti, l'art. 4 della legge n. 241/1990 richiede l'individuazione di un ufficio che esiste già all'interno dell'Amministrazione; il codice, al contrario, prevede l'istituzione di una struttura *extra ordinem*, creata *ad hoc*, per supportare, in situazioni di accertata carenza, le funzioni della persona fisica responsabile del procedimento.

Del resto, l'insistenza del codice sui requisiti di professionalità che il responsabile del procedimento deve necessariamente avere sembra essere incompatibile con l'esistenza di un'unità organizzativa responsabile del procedimento così come prevista dalla legge n. 241 del 1990.

La legge n. 241 del 1990 prevede, infatti, che, una volta individuata l'unità organizzativa, la persona fisica responsabile del procedimento debba essere individuata all'interno della stessa e che, se manchi tale designazione, si considera responsabile del procedimento il funzionario preposto all'unità organizzativa medesima.

Questa modalità di designazione automatica del responsabile del procedimento risulta incompatibile con la disciplina del codice, in base al quale, la nomina della persona fisica responsabile del procedimento è necessariamente *intuitus personae*, nel senso che non può prescindere dalla previa verifica e valutazione dell'esistenza di una professionalità adeguata in capo alla persona che si intende nominare.

Il provvedimento di nomina deve, quindi, necessariamente essere adottato, risultando inapplicabile, per incompatibilità, la norma della legge n. 241 del 1990 secondo cui, in caso di

mancata designazione, il responsabile del procedimento è il dirigente preposto alla relativa unità organizzativa.

Ne deriva, come conseguenza ulteriore, che l'atto di designazione del responsabile del procedimento non potrà che essere adottato dal vertice amministrativo della relativa Amministrazione e non, come invece avviene nella disciplina della legge n. 241 del 1990, dal dirigente di ciascuna unità organizzativa.

All'atto di designazione pare debba riconoscersi natura di atto amministrativo di macro-organizzazione, in quanto destinato ad incidere sulle linee fondamentali di organizzazione dell'ente.

3.3. Le competenze del responsabile del procedimento nel codice dei contratti pubblici e nella legge n. 241 del 1990.

Altro aspetto con riferimento al quale sembrano emergere differenze di rilievo è quello relativo alla individuazione dei compiti e dei poteri.

Nella legge n. 241 del 1990 il responsabile del procedimento ha soprattutto funzioni istruttorie, che sono quelle indicate nell'art. 6.

I compiti decisori sono eventuali e possono essere esercitati soltanto nel caso in cui, in base alla ripartizione di competenze interne all'Amministrazione, il responsabile del procedimento abbia anche il potere di adottare il provvedimento finale (il che accadrà nell'ipotesi in cui il responsabile del procedimento sia il dirigente preposto all'unità organizzativa, come tale legittimato a manifestare all'esterno la volontà provvedimentale dell'ente).

L'art. 6, lett. e) prevede, infatti, che il responsabile del procedimento adotti il provvedimento finale solo ove ne abbia la competenza e che, in mancanza, trasmetta gli atti all'organo competente per l'adozione. Ricorrendo tale situazione, lo stesso art. 6, lett. e) si preoccupa di precisare che, in tal caso, l'organo competente per l'adozione, se intende discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria del responsabile del procedimento, deve motivare specificamente indicandone le ragioni nel provvedimento.

Si tratta di una norma importante: da un lato chiarisce che il responsabile del procedimento non è per ciò solo responsabile del provvedimento, potendo egli adottarlo solo se investito *aliunde* (in base all'organizzazione interna dell'Amministrazione di appartenenza) del relativo potere; dall'altro, prevedendo che l'organo che adotta il provvedimento debba specificamente motivare se intenda discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento, presuppone una necessaria formalizzazione dello snodo procedimentale che segna il passaggio dal responsabile del procedimento al responsabile del provvedimento. Al fine, infatti, di verificare che il responsabile del provvedimento abbia assolto lo specifico obbligo motivazionale oggi

specificamente imposto dall'art. 6, lett. e) (nel testo novellata dalla legge n. 15 del 2005) pare necessario che l'esito dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento sia formalizzato in un atto endoprocedimentale che dovrà contenere una sorta di proposta di provvedimento a fronte della quale l'organo competente a provvedere potrà aderire o discostarsi, previa, in questo caso, specifica motivazione.

I compiti del responsabile unico del procedimento sono disciplinati in maniera piuttosto diversa. I suoi compiti, infatti, non sono soltanto istruttori o propositivi, risultando espressamente investito anche di poteri decisionali.

E' vero che, come pure in dottrina non si è mancato di evidenziare, i poteri decisionali espressamente attribuiti attengono, di norma, soltanto allo sviluppo – potrebbe dirsi al *quomodo* – dell'*iter* volto alla realizzazione dei lavori, e non anche alla sorte e all'oggetto – potrebbe dirsi l'*an* – del rapporto, rispetto al quale al responsabile del procedimento sono demandati, di massima, compiti meramente propulsivi o preparatori. Ciò avviene, ad esempio, per l'atto di affidamento dei lavori e il relativo contratto, per l'introduzione di varianti (art. 161 d.P.R. n. 207/2010) per l'accettazione o il diniego del collaudo (artt. 232 e 234 d.P.R. cit.), per la risoluzione del contratto (art. 135 e 136 d.lgs. n. 163/2006).

A tale principio, tuttavia, il legislatore apporta talune eccezioni espresse come in materia di introduzione di circoscritte varianti (art. 161, commi 9 e 10 d.P.R. 207/2010), di fissazione dei prezzi non previsti dal contratto (art. 164 d.P.R. 207/2010), o in materia di lavori in economia, dove le sue competenze decisionali sono significativamente più estese in considerazione del minor valore e delle particolari esigenze di snellezza e celerità ad esse sottese (art. 125, comma 8, 137 d.lgs. n. 163/2006 e artt. 173 ss. d.P.R. n. 207/2010). Ancora da segnalare le competenze che gli vengono espressamente riconosciute in materia di verifiche delle offerte anomale (art. 121 d.P.R./2010), su cui si ritornerà nel proseguo.

Oltre all'espressa attribuzione di specifici compiti decisionali (che già rappresenta un elemento di rottura con la disciplina contenuta nella legge n. 241/1990), deve, poi, ulteriormente evidenziarsi che, ai sensi dell'art. 10, comma 2, il responsabile unico del procedimento beneficia di una competenza residuale, nel senso che, per espressa previsione legislativa, svolge tutti i compiti relative alle procedure di affidamento previste dal codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti.

Anche da questa espressa previsione di competenza residuale emerge una differenza con la disciplina della legge n. 241/1990. Infatti, nell'art. 6 della legge n. 241, infatti, i compiti del responsabile del procedimento sembrano essere tassativi; ai sensi all'art. 10 del codice, i compiti del

RUP sono invece residuali e, quindi, necessariamente “atipici” (esercita tutti i poteri, anche quelli non menzionati espressamente, che non sono attribuiti ad altri). Ciò trova conferma anche nel comma 3 dell’art. 10 che elenca alcuni compiti specificamente attribuiti al RUP solo in via esemplificativa come emerge dall’utilizzo dell’espressione “in particolare”, il che, appunto, non esclude che il RUP possa esercitare, oltre a quelli menzionati, anche altri poteri che sebbene non espressamente “nominati” possono comunque ritenersi a lui attribuiti in forza della clausola generale di cui al comma 2.

La previsione di cui al comma 2 dovrebbe, dunque, a rigore essere letta nel senso che, ogni volta che ogni potere che la legge attribuisce alla stazione appaltante in materia di affidamento di appalti e verifica della relativa esecuzione, dovrebbe essere esercitato, se non è diversamente previsto proprio dal RUP.

Ci si deve chiedere, a questo punto, che rapporto vi sia tra questa disciplina e il principio che emerge dall’art. 6, lett. e) legge n. 241 del 1990, secondo cui la nomina a responsabile del procedimento non incide sull’assetto delle competenze interne all’Amministrazione, tanto che, nelle ipotesi in cui il responsabile del procedimento non sia anche responsabile del provvedimento, la competenza di quest’ultimo rimane ferma e il primo deve limitarsi a svolgere una funzione propositiva.

La questione controversa è, dunque, se, in materia di appalti, l’atto di designazione del RUP sia tale da incidere sull’ordine interno delle competenze, nel senso che, il soggetto designato come RUP diventa, per ciò solo, l’organo competente ad esercitare tutti i poteri decisionali spettanti alla stazione appaltante che non siano espressamente attribuiti ad altri organi, e se possa farlo a prescindere dalla sua collocazione e dalla sua qualifica nell’ambito dell’ordinamento interno dell’Amministrazione .

Due sono le soluzioni possibili.

Una prima lettura tende a ridurre la portata innovativa di tale disciplina e a ridimensionare le competenze decisionali del responsabile del procedimento. Si sostiene, infatti, che i poteri decisionali che il legislatore astrattamente attribuisce al RUP possono in concreto diversamente specificarsi in relazione alla qualifica posseduta dal soggetto nominato responsabile del procedimento. In altri termini, secondo questa impostazione, le norme che attribuiscono poteri decisionali al responsabile del procedimento dovrebbero essere intese nel senso che tali poteri decisionali possono essere esercitati solo se il RUP sia un soggetto già di per sé titolare della relativa competenza, in quanto, ad esempio, investito di funzioni dirigenziali e, quindi, legittimato a manifestare la volontà provvedimentale dell’ente all’esterno.

Tale interpretazione, risulta, ad esempio, accolta dal Consiglio di Stato, sez. I, parere 3 marzo 2004 n. 304/2004 reso in sede di decisione su un ricorso straordinario proposto da un dipendente che, privo della qualifica dirigenziale, contestava l'atto di nomina come RUP proprio sostenendo che tale designazione implicasse di fatto l'attribuzioni di compiti di natura dirigenziale e pertanto superiori a quelli inerenti alla qualifica posseduta.

Nel rigettare il ricorso, il Consiglio di Stato ha osservato che i compiti propri del responsabile del procedimento sono essenzialmente organizzativi e propulsivi e non implicano che lo stesso debba poi compiere ogni singolo atto in cui il procedimento si articola. L'incarico di RUP potrebbe, quindi, essere attribuito ad un soggetto non dirigente, con la conseguenza però, che in questo caso il RUP deve limitarsi all'esercizio di funzioni istruttorie o propulsive, non potendo esercitare poteri decisionali, rimessi sempre al soggetto titolare del potere provvedimentoale.

A sostegno di questa conclusione si potrebbe richiamare anche quanto previsto dal comma 1 dell'art. 273 d.P.R. n. 207/201, che, nell'individuare i compiti del responsabile del procedimento nelle procedure per l'acquisizione di beni e servizi, espressamente specifica che tali compiti verranno esercitati "nel rispetto di quanto previsto dall'ordinamento della singola amministrazione aggiudicatrice", il che dovrebbe significare che il RUP intanto può decidere in quanto abbia il potere di farlo secondo l'assetto delle competenze interne, dovendosi, altrimenti, limitarsi a proporre all'organo volitivo l'adozione del provvedimento.

Sotto questo profilo, quindi, non ci sarebbero particolari differenze con quanto previsto dall'art. 6 legge n. 241 del 1990.

E', tuttavia, certamente possibile una diversa interpretazione che, proprio valorizzando la specificità della figura del RUP rispetto alla figura generale di cui alla legge n. 241/1990, porta invece alla conclusione secondo cui il RUP, per il fatto solo di essere nominato, diviene un organo volitivo dell'Amministrazione, legittimato, quindi, ad esercitare i poteri decisionali che gli sono conferiti, a prescindere dal fatto che sia o meno un dirigente.

Per le procedure di affidamento e di realizzazione degli appalti pubblici, quindi, vi sarebbe una deroga all'ordine legale delle competenze, nel senso che tutti i poteri decisionali spettanti alla stazione appaltante non espressamente conferiti ad altri soggetti sarebbero esercitati dal RUP, a prescindere dal fatto che egli sia o meno dirigente.

A sostegno di questa tesi depone la particolare attenzione che il legislatore dedica agli requisiti soggettivi di professionalità, che, sono appunto richiesti, a differenza di quanto prevede la legge n. 241 del 1990 (che non insiste sui requisiti di professionalità del responsabile), perché la nomina a RUP in materia di appalti implica l'attribuzione di ampi poteri decisionali che presuppongono necessariamente un'attenta verifica delle attitudini. Verifica delle attitudini che, al

contrario, non sarebbe pienamente giustificata se il RUP dovesse limitarsi a compiti meramente istruttori e propositivi e poi i poteri decisionali spettassero ad altro soggetto privo di quelle attitudini.

Né in senso contrario potrebbe richiamarsi il tradizionale principio che predica l'inderogabilità dell'ordine legale delle competenze e che, conseguentemente, esclude che nel diritto amministrativo possa operare l'istituto della c.d. delega delle funzioni. In questo caso, infatti, lo spostamento delle competenze decisionali non è il frutto di un atto unilaterale di delega (certamente da escludere), ma è il risultato di una specifica previsione legislativa. E' la legge, infatti, che, anche in deroga alla disciplina generale che individua i c.d. organi volitivi, individua nel RUP l'organo decisionale in materia di appalti, ricollegando, pertanto, alla relativa nomina, il riconoscimento dei relativi poteri. Non è quindi l'atto di nomina la fonte dei poteri, ma è la legge che direttamente attribuisce al RUP tali poteri, configurandosi l'atto di nomina come mero presupposto di operatività del nuovo assetto legale delle competenze.

In giurisprudenza si riscontrano interessanti precedenti che tendono a valorizzare la clausola "residuale" di cui all'art. 10, comma 2, del codice. Si segnala, ad esempio, *Consiglio Stato sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7470*: la sentenza, dopo aver rilevato che la gara aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è una procedura composta da varie fasi, alcune delle quali necessitano di competenze amministrative ed altre, invece, di competenze tecniche, ha ritenuto che nel caso in esame "correttamente le fasi amministrative fossero state espletate in seduta pubblica dal responsabile unico del procedimento atteso che questi, ai sensi dell'articolo 10, comma 2, del d.l.vo n. 163/2006 svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice e che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti, mentre solo la fase di valutazione delle offerte tecniche è riservata alla commissione giudicatrice".

4. Rapporti tra i poteri del RUP e la commissione giudicatrice.

Proprio la giurisprudenza da ultimo richiamata consente di svolgere qualche ulteriore considerazione sui rapporti tra RUP e commissione giudicatrice nelle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

4.1. Il RUP presidente o componente della Commissione giudicatrice.

La prima questione, spesso affacciata nel dibattito giurisprudenziale, è se il RUP possa essere componente della Commissione ed eventualmente presiederla.

Sul punto sia la giurisprudenza amministrativa sia l'AVCP hanno espresso una posizione positiva. Sulla base della considerazione secondo cui, nell'ambito dell'ordinamento degli enti locali,

l'art. 107 del d.lgs. n. 267 del 18 agosto 2000, recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, prevede che la presidenza della commissione di gara spetti ai dirigenti, si è affermato che ove il responsabile del procedimento sia anche dirigente non si rinvengono nella disciplina sugli appalti motivi ostativi all'espletamento dell'incarico di presidente da parte del responsabile del procedimento.

Così come non vi è incompatibilità tra le funzioni di presidente della commissione di gara e quella di responsabile del procedimento, analogamente deve ritenersi nel caso in cui al dirigente di un ente locale che ha svolto le funzioni di presidente del seggio e di responsabile del procedimento sia stato anche attribuito il compito di approvare gli atti della commissione di gara, atteso che detta approvazione non può essere ricompresa nella nozione di controllo in senso stretto, ma si risolve in una revisione interna della correttezza del procedimento connessa alla responsabilità unitaria del procedimento spettante alla figura dirigenziale (Cfr. Cons. Stato, sezione V, 12 giugno 2009 n. 3716).

4.2. I rapporti tra il RUP e le competenze valutative della Commissione.

Altra questione problematica riguarda i rapporti tra poteri del RUP e competenze valutative che, nelle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, spettano alla commissione giudicatrice.

Al riguardo, si deve partire con il ricordare che l'art. 84 del Codice dei Contratti Pubblici (d. lgs. n. 163 del 2006) stabilisce, al comma 1, che quando *“la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento”*. Il secondo comma dell'art. 84 aggiunge che *“La commissione, nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto”*.

Sulla base di tali disposizioni la giurisprudenza ha ritenuto che, in una gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tutte le operazioni di gara con carattere valutativo, debbano essere compiute dalla apposita commissione giudicatrice (cfr. Consiglio di Stato sez. III, 15 luglio 2011, n. 4331).

Ciò si ricava non solo dall'interpretazione letterale della norma, che, richiamando le attività di valutazione non può che comprendere tutti gli aspetti inquadrabili in tale concetto (e quindi anche le valutazioni connesse alla presentazione dell'offerta economica), sia dalla *ratio* della norma che ha lo scopo di rimettere ad un organo collegiale, composto da esperti nello specifico settore cui si

riferisce l'oggetto del contratto, le attività valutative e quindi la scelta del contraente ritenuto migliore.

4.3. I poteri del RUP nel procedimento di valutazione di anomalia delle offerte.

Questione aperta, recentemente rimessa all'Adunanza Plenaria dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato riguarda i rapporti tra Commissione e RUP nel procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta (Cons. Stato, sezione VI, ordinanza 12 ottobre 2012, n.5270).

Sul punto, come appunto bene evidenziato dall'ordinanza di remissione appena citata, la giurisprudenza ha espresso orientamenti divergenti.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, infatti, nelle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la verifica in ordine dell'anomalia dell'offerta presentata dall'impresa partecipante alla gara d'appalto non rientra nella competenza del responsabile del procedimento, ma della commissione di gara, la quale non può limitarsi a prendere atto della relazione tecnica redatta dal detto responsabile, ma deve procedere ad una autonoma valutazione dell'offerta e degli specifici contenuti della stessa, in quanto, in forza di quanto previsto dall'art. 84 d.lgs. n. 163 del 2006, in siffatto tipo di gara tutte le operazioni a carattere valutativo (compresa l'attività di verifica delle eventuali anomalie dell'offerta) devono essere compiute dalla apposita commissione giudicatrice.

Secondo tale orientamento, è illegittima la valutazione dell'anomalia delle offerte in una gara di appalto compiuta dal responsabile unico del procedimento invece che dalla commissione di gara, unica competente in tal senso, nel caso in cui non risulti, comunque, che la commissione abbia operato alcun proprio, diretto apprezzamento della relazione tecnica redatta dal responsabile del procedimento e degli specifici contenuti della stessa, in quanto, sebbene l'ufficio ed il responsabile del procedimento possono dare pareri tecnici, ragguagli o altri elementi utili alla valutazione delle offerte presentate in sede di gara, agli stessi non è invece rimesso il giudizio definitivo sulla congruità dell'offerta in presenza di un'apposita commissione di gara, non essendo sufficiente del resto neppure una mera presa d'atto dell'operato dell'ufficio o del responsabile del procedimento (v. Cons. Stato, V, 10 settembre 2012, n. 4772; Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4584 del 15 luglio 2010).

Si è precisato, infatti, che il RUP può, infatti, dare pareri d'ordine tecnico, ragguagli ed altri elementi utili alla valutazione delle offerte presentate in sede di gara con aggiudicazione all'offerta più vantaggiosa, ma non può procedere a rilasciare il giudizio definitivo sulla congruità delle offerte che spetta alla apposita Commissione valutatrice, specificamente deputata a valutare i contenuti delle offerte. Attraverso la valutazione dell'anomalia, infatti, viene posta in essere una concreta attività valutativa dei contenuti dell'offerta che non è di carattere comparativo ma è pur sempre

preordinata ad indagare sugli specifici contenuti dell'offerta, sulla sua affidabilità e sulla piena rispondenza, a questo stesso fine, delle giustificazioni addotte originariamente o di quelle integrative eventualmente richieste (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4584 del 15 luglio 2010 cit.).

Sempre nella stessa direzione si è ulteriormente evidenziato che tutte le attività di valutazione (compresa l'attività di verifica delle eventuali anomalie dell'offerta economica) devono essere compiute dalla Commissione giudicatrice (e non dal solo Presidente). Infatti la necessità di operare con il "plenum" della Commissione giudicatrice "si pone essenzialmente nelle fasi in cui la Commissione è chiamata a fare scelte discrezionali, in ordine alle quali v'è l'esigenza che tutti i suoi componenti offrano il loro contributo ai fini di una corretta formazione della volontà collegiale, e che invece può consentirsi la deroga al principio della collegialità per le attività preparatorie, istruttorie e vincolate" (cfr. Cons. Stato, sezione VI, n. 1368 del 3 marzo 2011).

Secondo un contrario orientamento, invece, il responsabile del procedimento nell'attuale sistema, alla luce di una combinata lettura degli artt. 86, 88 d.lgs. n. 163 del 2006 e 121 d.P.R. n. 107 del 2010, costituisce il "motore" del subprocedimento di valutazione di congruità delle offerte sospette di anomalia, sicché deve escludersi un vizio di incompetenza con riferimento all'attività da questi compiuta nella fase di valutazione della congruità dell'offerta (v. Cons. Stato, sezione III, 16 marzo 2012, n. 1467).

La questione rimessa all'Adunanza Plenaria è senz'altro molto degna della massima attenzione.

Gli artt. 87 e 88 del codice sembrano, infatti, attribuire la verifica di anomalia alla stazione appaltante e nell'ambito della stessa, l'art. 121 d.P.R. n. 207/2010 sembra effettivamente individuare, all'interno della stazione appaltante, il RUP come organo competente.

Un argomento forte a favore della tesi secondo cui il legislatore abbia inteso riservare la verifica di anomalia alla stazione appaltante e non alla commissione è ulteriormente fornito dal comma 5 dell'art. 87 a tenore del quale: "La stazione appaltante che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, può respingere tale offerta per questo solo motivo unicamente se, consultato l'offerente, quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine stabilito dall'amministrazione e non inferiore a quindici giorni, che l'aiuto in questione era stato concesso legalmente. *Quando la stazione appaltante respinge un'offerta in tali circostanze, ne informa tempestivamente la Commissione*".

Pur facendo riferimento ad una fattispecie particolare (offerta anomala per l'esistenza di aiuto di Stato), la previsione specifica dell'obbligo di "informare" la Commissione della decisione di respingere l'offerta porterebbe alla conclusione che, in questa materia, i poteri decisionali

spettano alla stazione appaltante e che la Commissione sia solo destinataria di una comunicazione con finalità informativa.

E' possibile, tuttavia, anche una diversa lettura, in base alla quale, la stazione appaltante (e, quindi al suo interno il RUP, ai sensi del quanto poi prevede l'art. 121 d.P.R. n. 207/2010), si limita a svolgere una funzione predecisionale, che si esplica in una proposta di anomalia o non anomalia da sottoporre alla Commissione, chiamata a dire l'ultima parola. In questo senso potrebbe anche leggersi l'obbligo di "informazione" tempestiva di cui al comma 5 dell'art. 87: la stazione appaltante informa tempestivamente la Commissione, non solo per mera notizia, ma affinché poi quest'ultima possa esercitare definitivamente la competenza valutativa in ordine all'eventuale anomalia.

La possibilità di disattendere, sia pure con adeguata motivazione, la valutazione del RUP in ordine all'eventuale anomalia dell'offerta non pare, del resto, radicalmente esclusa nemmeno dall'orientamento giurisprudenziale indicato nell'ordinanza di rimessione come favorevole alla competenza del RUP in ordine alla valutazione di anomalia dell'offerta. Infatti, la sentenza del Consiglio di Stato (n. 1467 del 2012) richiamata a sostegno di questo orientamento non sembra escludere che l'ultima parola in ordine al giudizio di anomalia spetti a un soggetto diverso dal RUP, purché, però, le valutazioni del RUP siano disattese motivatamente.

Nel caso esaminato dalla III Sezione nella sentenza n. 1467 del 2012, infatti, il Consiglio di Stato ritiene illegittimo il giudizio di non anomalia espresso dalla stazione appaltante (e, quindi, il conseguente provvedimento di aggiudicazione a favore dell'offerta sospettata di anomalia) non tanto perché esclude in assoluto un potere valutativo da parte di soggetti diversi dal RUP, ma per difetto di motivazione.

Nella fattispecie scrutinata, in altri termini, pur in presenza di una relazione del RUP volta ad evidenziare la sussistenza di profili di anomalia, la stazione appaltante ha ritenuto di procedere all'aggiudicazione senza indicare le ragioni per le quali riteneva di superare la diversa valutazione del responsabile del procedimento.

A tal proposito la sentenza n. 1467 del 2012 richiama il dibattito giurisprudenziale in ordine all'ampiezza dell'obbligo di motivazione relativa alla valutazione positiva operata dall'amministrazione all'esito del procedimento di verifica di anomalia.

Come è noto sul tema esiste un contrasto latente, perché, per un primo orientamento, l'atto che decreta l'aggiudicazione dell'offerta non richiede una motivazione approfondita sostanzialmente ripetitiva delle giustificazioni valutate favorevolmente dall'amministrazione, potendo in tal caso trovare sostegno "per relationem" nelle stesse giustificazioni presentate dal

concorrente (Cons. Stato, sezione V, 20 maggio 2008, n. 2348; Cons. Stato, sezione V, 23 agosto 2006, n. 4949) .

Per altro orientamento, invece, anche il giudizio positivo deve essere motivato sia in ossequio all'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti amministrativi sia a tutela della par condicio dei concorrenti (Cons. Stato, sezione IV, 22 marzo 2005, n. 1231).

Nella fattispecie in esame, la Sezione, pur richiamando l'orientamento giurisprudenziale che nel caso di positiva valutazione di congruità dell'offerta sospettata di anomalia ritiene sufficiente la motivazione *per relationem*, non esclude che vada comunque garantita la possibilità ai soggetti interessati di ricostruire l'*iter* logico giuridico seguito dalla stazione appaltante per l'adozione del provvedimento. In altri termini, per un verso, non v'è dubbio che il richiamo alle giustificazioni fornite dall'operatore economico può essere utilmente effettuato per spiegare le ragioni della valutazione di congruità; tuttavia, per altro verso, tale facilitazione non esonera la stazione appaltante dall'obbligo di mettere la parte interessata in condizione di apprezzare l'*iter* logico giuridico seguito dall'amministrazione.

Nel caso di specie, spiega la sentenza, in presenza di giustificazioni e di una relazione negativa da parte del RUP, sarebbe stato, quindi, necessario una motivazione più approfondita del giudizio di congruità perché:

a) la motivazione in generale deve avere un'ampiezza maggiore o minore a seconda delle acquisizioni istruttorie, in ogni caso deve fare comprendere il percorso logico-giuridico compiuto dall'amministrazione;

b) il richiamo *per relationem* può anche assolvere all'obbligo di motivazione, nel caso di decisione di congruità, ma non per questo esime l'amministrazione da una valutazione complessiva di tutto ciò che è emerso nella fase istruttoria del procedimento;

c) deve trovare, anche solo in via analogica, applicazione l'articolo 6, comma 1, lett. e) l. 7 agosto 1990 n. 241 a tenore del quale "*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*"; con riferimento alla fattispecie in esame, l'atto di aggiudicazione, certamente di competenza di soggetto diverso dal RUP, non poteva ignorare, senza motivare, quanto rappresentato da quest'ultimo proprio in vista della scelta relativa all'aggiudicazione o meno;

d) ragionando diversamente il controinteressato non verrebbe posto in condizione di capire la ragione per cui la stazione appaltante abbia valutato positivamente le giustificazioni e non favorevolmente quelle espresse dal RUP.

Il contrasto, quindi, sembra riguardare non solo e non tanto il ruolo del RUP nel procedimento di valutazione dell'anomalia, ma anche l'ampiezza dell'obbligo motivazionale ove, in presenza di una relazione negativa del RUP, la stazione appaltante intenda concludere nel senso della non anomalia.

Non è da escludere, quindi, una soluzione che, pur riconoscendo la centralità del RUP nel sup-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, attribuisca la decisione definitiva in ordine al giudizio di anomalia all'organo cui spettano le competenze valutative, ovvero, nelle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla commissione. Quest'ultima potrebbe o limitarsi a recepire la relazione tecnica presentata dal RUP (rinviando per relationem a tale atto) oppure discostarsi dalla stessa dandone, però, in quest'ultimo caso adeguata motivazione.

4.4. I poteri del RUP in sede di approvazione degli atti di gara.

Altra questione problematica, che investe sempre i rapporti con la commissione giudicatrice, riguarda la definizione delle competenze del RUP in sede di approvazione degli atti di gara.

A tal proposito, si è ritenuto che il responsabile del procedimento, cui compete l'approvazione degli atti di gara, ben può – indipendentemente dalla circostanza che la Commissione di gara abbia o meno abdicato ad una delle proprie funzioni – procedere alla verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, con ciò esercitando un proprio autonomo potere senza alcuna necessità di rimessione degli atti alla Commissione medesima. Al responsabile del procedimento spetta, invero, il compito di effettuare un controllo successivo e in un certo senso "esterno" dalle operazioni di gara, con il solo limite di non poter effettuare una nuova valutazione delle offerte, potendo, in caso di dissenso, al più adottare un provvedimento di mancata approvazione dei verbali di gara, con rinvio degli atti alla Commissione per le necessarie correzioni, modifiche o integrazioni.

In definitiva, al responsabile del procedimento in fase di approvazione non è consentito procedere ad una nuova valutazione delle offerte e modificare o comunque correggere le operazioni compiute dalla Commissione, in quanto in tal modo finirebbe per dare vita ad una duplicazione dell'attività di valutazione delle offerte che risulterebbe così affidata ad organi diversi, a discapito dell'attività di approvazione vera e propria che da quella puramente correttiva; mentre lo stesso può legittimamente procedere alla verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, tra cui la richiesta attestazione SOA. (cfr. T.A.R. Pescara Abruzzo sez. I, 03 agosto 2012, n. 372).