

Giurisprudenza amministrativa divisa. Per il Tar Toscana, invece, può escludere dalle gare

Appalti, Rup dominus. Anzi no

Consiglio di stato: il dirigente può sempre sostituirlo

DI LUIGI OLIVERI

Le competenze del responsabile unico del procedimento negli appalti si confermano un rebus. Nel giro di pochi giorni sono state emesse dalla giustizia amministrativa due sentenze di segno molto diverso, tali da disegnare in modo quasi inconciliabile la competenza ad agire di questa figura, fondamentale per la corretta gestione degli appalti.

Secondo il Tar Toscana, Sezione I, sentenza 19 maggio 2022, n. 685, le competenze del Rup sono da considerare esclusive ed intangibili, tali da estendersi fino all'adozione anche di provvedimenti come l'esclusione dalla gara.

Il Tar Toscana aderisce, in effetti, ad un filone interpretativo molto consolidato, secondo il quale per un verso il provvedimento di esclusione dalla gara non deve essere considerato di competenza non della commissione di gara (organo straordinario dell'ente, abilitato dalla

legge soltanto ad attribuire i punteggi nell'ambito di gare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa): al più, la commissione può svolgere funzioni di supporto al soggetto da considerare titolare della competenza ad escludere le imprese dalla gara, da individuare proprio nel Rup.

La linea interpretativa riproposta dal Tar Toscana è quella secondo la quale il Rup è il dominus della procedura di gara, poiché è titolare di tutti i compiti prescritti, tanto da considerare illegittimo, per difetto di competenza, il provvedimento di esclusione da una gara di appalto adottato dal Dirigente del settore comunale di interesse. Questa intangibilità delle funzioni del Rup deriverebbe dall'articolo 31, comma 3, del d.lgs 50/2016, a mente del quale "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 specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti".

Tale tesi pare, però, seriamente messa indirettamente in discussione dalla sentenza del Consiglio di stato, Sezione V, 10.5.20220, n. 6656, alla luce della quale il dirigente di un comune può legittimamente sostituirsi al Rup nell'adottare provvedimenti attinenti alla gestione della gara.

Palazzo Spada ridimensiona di molto la lettura secondo la quale l'articolo 31 del codice dei contratti attribuirebbe competenze esclusive al Rup. Infatti, la sentenza 6656/2022 evidenzia che quanto meno nell'ordinamento degli enti locali detto articolo 31 "deve essere necessariamente coordinato, per un verso, con l'art. 107, comma 3, del d.lgs. n. 267 del 2000 (Tuel), che riserva ai dirigenti la responsabilità delle procedure d'appalto, come emerge dallo stesso testo dell'art. 31, comma 3, il quale assegna al r.u.p. «tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento che non siano specificamente attri-

buiti ad altri organi e soggetti»; per altro verso, con il principio secondo cui gli atti che impegnano l'amministrazione all'esterno debbono essere adottati da organi dotati di qualifica dirigenziale (come, del resto, si ricava anche dall'art. 6, comma 1, lett. e), della legge n. 241 del 1990: il responsabile del procedimento «adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale». Nel caso di specie è contestato che il Rup fosse privo di qualifica dirigenziale, per cui appare del tutto corretto che il dirigente del settore contratti pubblici abbia adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva".

A ben vedere, le norme del codice dei contratti non costituiscono un regime normativo speciale, prevalente sulle regole generali della legge 241/1990. Infatti, il comma 3 dell'articolo 31 disegna i poteri del Rup, ma nel rispetto delle disposizioni proprie della legge 241/1990, la quale prevede che se il responsabile del procedimento è un soggetto diverso dall'autorità

competente ad adottare il provvedimento finale (nel caso degli appalti, il dirigente, se esiste la dirigenza nell'ente), rimette le proprie valutazioni istruttorie a tale autorità, che adotta il provvedimento anche potendo modificare quanto proposto il responsabile.

Per questo secondo il Consiglio di stato il dirigente può sempre sostituirsi al Rup, che, quindi, non va considerato "dominus esclusivo" della procedura di gara, né dotato della competenza di incidere sulla sfera giuridica di terzi, come avviene col provvedimento di esclusione, che non permette all'appaltatore di partecipare alla gara. Un simile atto non solo pare possa essere adottato dal dirigente in sostituzione del Responsabile unico del procedimento, ma debba sempre essere appannaggio del dirigente, dati i rilevanti contenuti negoziali, che fuoriescono dalle competenze di un soggetto, il Rup, chiamato a svolgere solo attività istruttorie e non decisoria.

© Riproduzione riservata

Senza obiettivi perdita di chance al dirigente

L'ente non può addurre la mancata erogazione della retribuzione di risultato al dirigente, per mancata assegnazione e verifica del raggiungimento degli obiettivi. In questo caso al dirigente incolpevole l'ente dovrà versare la perdita di chance pari ad una percentuale di quanto il dirigente avrebbe preso se tali obiettivi fossero stati regolarmente assegnati. La Cassazione (ordinanza n.16583/2022) ha confermato il pagamento, pari al settanta per cento della retribuzione di risultato prevista dal contratto, che il dirigente avrebbe potuto ricevere se gli obiettivi fossero stati a lui assegnati. Non avendo ricevuto la retribuzione di risultato, per alcuni anni, un dirigente di un ente locale ha agito in via giudiziale. In ragione della mancata assegnazione e verifica degli obiettivi, il Tribunale di primo grado ha rigettato il ricorso del dipendente, mentre la Corte di appello, in riforma della sentenza di primo grado, l'ha accolto. L'ente ha proposto ricorso in Cassazione contestando le conclusioni della Corte di appello che aveva erroneamente ritenuto che la contrattazione collettiva attribuisse al dipendente il diritto soggettivo a percepire la retribuzione di risultato, in assenza dei relativi presupposti, qualificando come inadempimento l'omesso espletamento delle procedure amministrative. Il ricorso dell'ente è stato respinto poiché non si è conformato alla decisione del giudice di appello, non avendo quest'ultimo assolutamente stabilito un diritto soggettivo del dipendente a percepire la retribuzione di risultato anche in assenza dell'assegnazione degli obiettivi e della verifica positiva in ordine alla loro realizzazione. È stata, invece, accolta la domanda risarcitoria per perdita di chance, sul presupposto che il diritto del dirigente sia, piuttosto, quello a ricevere gli obiettivi ed ad essere valutato. Pertanto, sotto questo profilo è stato ravvisato l'inadempimento dell'ente locale. Il caso di specie, peraltro, è conforme alle indicazioni del giudice di legittimità che, pronunciandosi in casi analoghi, ha già affermato che l'illegittimità del procedimento di assegnazione degli obiettivi al dirigente.

Vincenzo Giannotti

© Riproduzione riservata

BREVI

Il comune di Ozegna (1178 abitanti nel territorio della città metropolitana di Torino) ha acquistato per 210 mila euro il castello del XV secolo, finito all'asta dopo il fallimento della società che nel 2011 aveva rilevato il maniero per farne un albergo di lusso. Ora, grazie all'intervento del sindaco **Sergio Bartoli**, il castello sarà destinato a ospitare gli uffici comunali con un'ala riservata a mostre ed eventi.

Non c'è solo il Salone di Torino a celebrare in Piemonte la passione per i libri. L'edizione 2022 del festival letterario "Borgolibri", che si è aperto ieri a Borgofranco d'Ivrea e si concluderà domenica 29 maggio, sarà ricchissima di eventi, mostre e conferenze, senza dimenticare il mercatino del libro usato e dell'antiquariato. Il festival si terrà nella cornice di palazzo Marini a Borgofranco ed è organizzato dal comune, dall'Associazione "Luci" e da Edizioni Pedrini (www.edizionipedrini.com)

La presidente dell'Associazione nazionale piccoli comuni (Anpci) **Franca Biglio** ha scritto al presidente della giunta regionale delle Marche, **Francesco Acquaroli**, al presidente del consiglio regionale marchigiano **Dino Latini** e all'assessore agli enti locali **Guido Castelli** per chiedere un incontro assieme al rappresentante Anpci Marche, **Nazzareno Tacconi**, finalizzato al riconoscimento della presenza dell'associazione nel consiglio delle autonomie locali (Cal) della regione. La regione ha assicurato che l'assessore Castelli "si attiverà il prima possibile" per un incontro con il rappresentante regionale Anpci al fine di discutere del riconosci-

mento dell'associazione nel Cal delle Marche.

Il governo deve intervenire subito per aiutare gli enti locali, e soprattutto i piccoli comuni, nella messa a terra non solo dei progetti del Pnrr ma anche degli interventi già finanziati e cantierati in passato come quelli che riguardano l'adeguamento sismico degli edifici e il risparmio energetico. Tutte opere che rischiano di essere

strozzate dal caro dei materiali, da risorse insufficienti e dallo stop dei cantieri. L'appello arriva dal sindaco di Senen del Grappa (BL) **Dario Scopel** secondo cui "le misure sin qui adottate dal governo per cercare di arginare il fenomeno sono del tutto insufficienti".

Si è insediata la giuria della prima edizione del premio letterario nazionale Anpci "Piccoli comuni d'Italia". A presiederla il professor **Francesco Garofalo**, docente di storia delle istituzioni politiche e sociologia presso l'Uni-

versità di Catanzaro. Ne faranno parte: il prof. **Antonio Argentino**, Ida Paola Cerenza, esperta di contabilità pubblica, **Laura Marchetti**, antropologa e docente, **Daniela Maletta**, docente e psicologa scolastica, **Carmela Pistone**, avvocato ed esperta di politiche locali, **Antonio Filardi**, ingegnere ed esperto di archeologia, **Eugenio Maria Gallo**, professore emerito in discipline letterarie, **Valerio Grosso**, giornalista e sindaco, **Antonio Pettinato**, professore emerito di storia e filosofia, **Giuseppe Pizzuti**, docente in materie letterarie, **Enrico Vignati** sindaco e scrittore, **Zaccaria Spina**, avvocato e giornalista.

© Riproduzione riservata



Guido Castelli