

Numero 02040/2017 e data 25/09/2017 Spedizione



REPUBBLICA ITALIANA

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 14 settembre 2017

NUMERO AFFARE 01501/2017

OGGETTO:

Autorita' nazionale anticorruzione.

Linee Guida recanti aggiornamento delle Linee Guida in tema di nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento

LA SEZIONE

Vista la nota di trasmissione della relazione in data 31 luglio 2017 con la quale l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Claudio Contessa

A. CONSIDERAZIONI GENERALI

L'Autorità Nazionale Anticorruzione, con nota del 31 luglio 2017, ha chiesto al Consiglio di Stato di esercitare le proprie funzioni consultive in relazione al testo aggiornato delle Linee Guida n. 3, del 26 ottobre 2016, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*».

L'aggiornamento del testo delle Linee Guida si è reso necessario alla luce delle modifiche apportate al testo dell'articolo 31 del '*Codice dei contratti pubblici*' (il quale, al comma 5, demanda all'ANAC l'adozione di tali Linee Guida) ad opera dell'articolo 21 del D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (recante '*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*').

L'Autorità ha rappresentato che l'intervento in questione è stato, altresì, dettato dall'esigenza di fornire risposta a osservazioni e richieste di chiarimenti pervenute da parte di numerose stazioni appaltanti.

Ha inoltre riferito che il documento in esame è stato predisposto all'esito di una consultazione pubblica svoltasi in modalità aperta e che esso rappresenta il risultato della valutazione delle osservazioni formulate dagli *stakeholders* intervenuti.

Oltre al testo delle Linee Guida aggiornate l'ANAC ha fatto pervenire:

i) la relazione illustrativa al testo (in cui sono descritte le principali modifiche apportate al documento approvato dal Consiglio in data 26 ottobre 2016 e le motivazioni che le giustificano);

ii) un ulteriore documento in cui sono riportate tutte le osservazioni pervenute nel corso della consultazione da parte di amministrazioni pubbliche e società pubbliche, dipendenti di amministrazioni pubbliche e società pubbliche, associazioni di categoria, ordini e collegi professionali, liberi professionisti e soggetti diversi dai precedenti.

Non risulta invece allegata al testo una scheda di Analisi di Impatto della Regolamentazione (AIR), neppure limitata ai soli interventi modificativi da ultimo apportati alle pregresse Linee Guida.

Con il parere n. 1767/2016 del 2 agosto 2016 questo Consiglio ha già fornito le proprie indicazioni generali sulla disciplina subprimaria adottata dall'ANAC in tema di responsabile unico del procedimento. In particolare, questo Consiglio di Stato:

- ha richiamato l'evoluzione sostanziale delle funzioni consultive del Consiglio ai sensi dell'art. 100 Cost. (evoluzione che tende a delineare per esso il ruolo di *advisory board* delle Istituzioni nazionali, ivi comprese le Autorità amministrative indipendenti);

- ha ripercorso la pluralità tipologica di atti attuativi delineata dal nuovo '*Codice dei contratti pubblici*', con particolare riguardo alle linee guida vincolanti e a quelle non vincolanti.

Con il richiamato parere, è stato altresì osservato che le Linee Guida in esame presentano una rilevante peculiarità in quanto disciplinano, allo stesso tempo:

- sia contenuti cui è connesso il carattere della vincolatività (trattandosi di ambiti espressamente richiamati dalla disposizione abilitante di cui all'art. 31, comma 5 del '*Codice*');

- sia contenuti non vincolanti, ma in relazione ai quali l'Autorità può comunque adottare specifiche Linee Guida ai sensi dell'articolo 213, co. 2 del '*Codice*' con lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alla stazioni appaltanti.

Con il medesimo parere, questo Consiglio ha altresì suggerito all'Autorità di strutturare il testo delle Linee Guida in esame in modo da tenere distinte:

- da un lato, le parti del testo di carattere non vincolante (come le indicazioni di carattere generale in materia di RUP o quelle relative all'ambito di applicazione del testo) e

- dall'altro, le parti del testo recanti prescrizioni vincolanti (come quelle relative ai compiti specifici del RUP, agli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto previsto dal '*Codice*' e alle possibili ipotesi di coincidenza soggettiva con il progettista o con il direttore dell'esecuzione).

Il suggerimento in parola è stato accolto dall'Autorità la quale ha strutturato il testo iniziale delle Linee Guida distinguendo - da un lato - le indicazioni di carattere generale ai sensi dell'art. 213, co. 2 del '*Codice*' (Parte I delle Linee Guida del 26

ottobre 2016) e - dall'altro - la disamina dei compiti specifici, dei requisiti di professionalità e le richiamate ipotesi di possibile coincidenza soggettiva (ivi, parte II).

Nel testo riformulato trasmesso in data 31 luglio 2017 tale impostazione risulta comprensibilmente superata e, in particolare, risulta condivisibilmente espunto il richiamo all'art. 213, co. 2 dal paragrafo 2 (relativo alla nomina del responsabile del procedimento) e dal paragrafo 3 (relativo ai compiti del RUP in generale).

B. LE MODIFICHE APPORTATE DAL D.LGS. 56/2017 IN TEMA DI RUP E LE RICADUTE SULLE PRESENTI LINEE GUIDA

Il recente intervento correttivo recato dal D.Lgs. 56 del 2017 ha apportato in tema di disciplina del ruolo e delle funzioni del RUP (art. 31) un numero limitato di modifiche, di contenuto – però – piuttosto significativo.

Resta comunque confermata l'assoluta centralità del ruolo del RUP nell'ambito dell'intero ciclo dell'appalto, nonché le cruciali funzioni di garanzia, di trasparenza e di efficacia dell'azione amministrativa che ne ispirano la disciplina codicistica.

In primo luogo, è stata precisata la disciplina relativa al momento di nomina del RUP, chiarendo che l'individuazione debba avvenire *«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»* (nuovo co. 1).

E' stato altresì opportunamente precisato che la sostituzione del RUP individuato nella programmazione di cui all'articolo 21, comma 1, non comporta modifiche alla stessa (ivi).

In secondo luogo sono state apportate alcune significative modifiche al co. 5 (*i.e.*: alla disposizione che legittima l'ANAC all'adozione delle Linee Guida in esame, almeno nella parte in cui esse assumono valenza vincolante).

Sotto tale aspetto il decreto correttivo ha innanzitutto corretto la non perspicua *littera legis* per ciò che riguarda la qualificazione stessa dell'atto di regolazione subprimaria in esame, che ora viene correttamente ricondotto all'ambito delle Linee Guida (al contrario, nella sua originaria formulazione, l'articolo in esame faceva generico riferimento a un "atto" dell'ANAC, senza ulteriori specificazioni).

Con la modifica del co. 5 il Legislatore del correttivo ha inoltre provveduto a fornire un più solido fondamento normativo alle parti delle Linee Guida del 26 ottobre 2016 che esulavano dalla tassativa indicazione dei (tre) ambiti ai quali il Legislatore del 2016 aveva limitato tale intervento di regolazione subprimaria.

In particolare, a seguito del 'correttivo' rinvergono un'espressa copertura legislativa le previsioni delle Linee Guida riferite ai presupposti della nomina e alle relative modalità.

Ne consegue che le previsioni già recate dalle Linee Guida del 26 ottobre 2016 su tali ulteriori ambiti disciplinari perdono la loro valenza non vincolante (ai sensi dell'art. 213, co. 2 del 'Codice') e vengono ascritte a pieno titolo - a decorrere dall'entrata in vigore dell'aggiornamento in esame - all'ambito delle Linee Guida di contenuto vincolante.

Sempre dal punto di vista generale si osserva che nella maggior parte dei casi gli aggiornamenti di cui allo schema di Linee Guida in oggetto derivano dalle modifiche apportate al testo dell'art. 31 ad opera del 'decreto correttivo' (nonché di quelle apportate ad altri articoli del 'Codice', come nel caso della possibilità che il RUP sia altresì membro della Commissione giudicatrice – art. 77, co. 4).

In alcuni casi, però, il testo aggiornato ha proceduto a rimodulazioni della precedente disciplina in assenza di modifiche della normativa primaria di riferimento (come nel caso dei requisiti di professionalità del RUP per appalti e concessioni di lavori per importi compresi fra 150mila euro e un milione di euro).

Si ritiene comunque che l'introduzione di tali ulteriori rimodulazioni del contenuto delle Linee Guida non risulti precluso, trattandosi comunque di legittimo (ri-)esercizio del potere di regolazione subprimaria demandato all'ANAC.

C. OSSERVAZIONI RELATIVE AI SINGOLI ARTICOLI

In via generale si osserva che, trattandosi di un testo che modifica Linee-Guida di carattere vincolante (quanto meno in relazione agli aspetti richiamati dall'art. 31, comma 5 del 'Codice'), appare necessario, per ragioni di certezza giuridica, rendere di immediata evidenza per gli operatori quali siano in concreto le parti del testo modificate, se del caso utilizzando appositi accorgimenti grafici. Tale esigenza discende anche dalla considerazione che lo schema di Linee-Guida in esame prevede al par. 12 un periodo di *vacatio* riferito “[alle] presenti Linee guida aggiornate al d.lgs. 56/2017”, sicché è necessario evidenziare agli operatori quali siano in concreto i profili di novità destinati ad acquistare vigore una volta decorso tale periodo.

Per quanto riguarda, invece, i singoli paragrafi di cui si compone il testo, si osserva quanto segue:

- par. 2. – siccome il decreto correttivo ha modificato *in parte qua* l'art. 31, co. 5 (*i.e.*: la disposizione che abilita l'emanazione delle Linee guida in esame e fissa gli ambiti entro i quali le stesse hanno un carattere vincolante), demandando alle stesse anche la disciplina relativa ai presupposti e alle modalità di nomina, appare opportuno integrare le previsioni relative alla nomina del RUP attraverso specifici riferimenti a tali presupposti e modalità (ad esempio, potrebbe essere chiarita la nozione di “*necessario livello di inquadramento giuridico*” laddove il dipendente occupi una posizione elevata ma non riferita alla professionalità tecnica posseduta, o viceversa possa vantare una rilevante professionalità tecnica pur se inquadrato in una

posizione non elevatissima; potrebbe inoltre essere chiarita la relativa tempistica e la nozione di ‘apicalità’ richiamata al co. 1, terzo periodo);

- par. 2.3 – sempre in relazione ai presupposti e alle modalità di nomina del RUP, potrebbe essere utile fornire un chiarimento (dalle indubbie ricadute pratiche) circa la relazione che esiste fra - da un lato - l’art. 31, co. 1, penultimo periodo (secondo cui, in caso di carenza in organico di adeguate professionalità, l’incarico di RUP viene assegnato *“tra gli altri dipendenti in servizio”*) e - dall’altro - l’art. 31, co. 6 (secondo cui, in caso di assenza in organico di un tecnico, le funzioni di RUP per i servizi di ingegneria e di architettura sono attribuite *“al responsabile del servizio al quale attiene il lavoro da realizzare”*);

- par. 4.2, lett. a) – per quanto riguarda gli appalti e le concessioni di lavori di importo inferiore a 150mila euro lo schema sottoposto al parere consente, in caso di carenza in organico di un tecnico, che l’incarico di RUP sia affidato *“a un dirigente laureato in materie giuridiche”*. Valuti l’Autorità se tale requisito risulti sproporzionato per eccesso, con particolare riguardo alla necessità della qualifica dirigenziale (atteso che la figura del dirigente potrebbe non essere presente negli Enti di minori dimensioni e considerato il modesto importo dell’appalto);

- par. 4.2, lett. b), n. 1) – siccome i compiti del RUP si esplicano nell’intero ambito delle attività di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione, appare riduttiva (e comunque deve essere meglio esplicitata) la previsione secondo cui l’esperienza specifica richiesta al RUP risulta limitata al solo *“affidamento di appalti e concessioni”* (considerazioni del tutto analoghe valgono per gli altri punti del testo in cui le Linee guida richiedono requisiti di esperienza specifica rinviando al solo *“affidamento”*). Se, come sembra, le Linee Guida intendono offrire una nozione ampia di ‘affidamento’ (tale da riferirsi, di fatto, all’intero ciclo dell’appalto), occorrerebbe forse meglio specificarlo;

- par. 4.3. – si suggerisce di verificare un possibile refuso nel riferimento alla sola lettera c) (che si riferisce ad appalti di importo compreso fra 1 milione di euro e le soglie di rilevanza UE). Ed infatti:

- mentre nell'originario testo delle Linee guida (26 ottobre 2016) tale riferimento appariva del tutto corretto, riferendosi la lettera c) agli affidamenti di importo più elevato;
- al contrario, a seguito della riformulazione qui proposta, il corretto riferimento sembra essere piuttosto alla lettera d) (la quale coincide con la vecchia lettera c)). In alternativa, si potrebbe valutare di operare il riferimento sia alla lettera c) che alla lettera d);

- par. 5.1.2 – Occorre valutare l'effettiva compatibilità fra

- (da un lato) l'art. 31, co. 1 il quale, all'indomani del decreto correttivo n. 56 del 2017, stabilisce che il RUP viene individuato *“nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi di intervento di cui all'art. 21, comma 1”* (dal che si desume che prima dell'adozione o dell'aggiornamento di tali programmi un RUP, a rigore, non vi è) e
- (dall'altro) il par. 5.1.2 dello schema di Linee guida in esame, secondo cui il RUP svolge alcuni compiti di proposta e informazione già *“nella fase antecedente alla programmazione”*;

- par. 7.3.4. – E' opportuno chiarire meglio la nozione di *“categorie particolari di prodotti o servizi”*, per la cui acquisizione la stazione appaltante può richiedere che il RUP sia in possesso di particolari e ulteriori requisiti di formazione o professionali. Ed infatti, pur dovendosi riconoscere alle stazioni appaltanti adeguati margini di autonomia, sembra che l'attuale formulazione della previsione consenta di riempire la nozione di *“particolarità”* di contenuti di fatto indefiniti, in tal modo facendo dubitare della stessa utilità delle previsioni di cui al precedente punto 7.3 e consentendo alle stazioni appaltanti di discostarsene senza difficoltà. Vi è infatti il rischio che, attraverso l'artificioso ricorso all'indefinita nozione di 'particolarità' (e

attraverso l'altrettanto artificiosa individuazione di ulteriori requisiti professionali), le stazioni appaltanti possano di fatto riorientare la nomina a responsabile unico verso soggetti diversi da quelli che ordinariamente ne sarebbero destinatari, in tal modo influenzando sull'individuazione della figura-chiave dell'intero ciclo dell'appalto. Si osserva infine che appare sostanzialmente pleonastica e riproduttiva di un obbligo già esistente la previsione di cui all'ultimo periodo, secondo cui può essere richiesta l'abilitazione all'esercizio della professione “*se previsto dalle vigenti disposizioni di legge*”;

- par. 8.1. (alinea) – A seguito delle modifiche al testo, le Linee guida in esame estendono in modo espresso alle ipotesi di appalti di servizi e forniture e alle concessioni di servizi le previsioni di cui ai paragrafi 5.2 e 5.3 (invero, dedicate alla diversa materia degli appalti di lavori).

Pertanto, al fine di non ingenerare possibili confusioni, si suggerisce di dedicare all'estensione in parola una previsione *ad hoc*, evitando la formula del “*fermo restando*”;

- par. 9.1. – Al secondo paragrafo, quinto rigo, vi è un refuso che va eliminato (“*del Codice*”).

P.Q.M.

Nelle esposte considerazioni è il parere favorevole con osservazioni della Commissione speciale.

L'ESTENSORE
Claudio Contessa

IL PRESIDENTE
Luigi Carbone

IL SEGRETARIO
Cinzia Giglio