

**Le modifiche al codice con introduzione dell'obbligo della SUA per i lavori (previsto nella Manovra 2019) e l'approdo giurisprudenziale in tema di RUP (in commissione di gara)**

S. Usai (La Gazzetta degli Enti Locali 6/11/2018)

Con il testo della “finanziaria/legge di bilancio” 2019 si prevede una disposizione – transitoria – destinata a modificare l’ambito territoriale, **per gli appalti di lavori dei Comuni non capoluogo di Provincia**, per la costituzione delle centrali d’appalto.

Le centrali non saranno più limitate nell’ambito delle unioni dei comuni (almeno fino a quando non verrà definita la questione delle qualificazioni delle stazioni appaltanti) ma nell’ambito più esteso del territorio provinciale e/o del territorio della città metropolitana (per i comuni “compresi” nella realtà territoriale).

La previsione, come detto, che dovrebbe determinare una “delega” per lo svolgimento dell’appalto alla provincia o alla città metropolitana (alla SUA) **riguarda solamente i lavori pubblici**. Sotto si riporta l’attuale disposizione e quella prevista nella “bozza” della Manovra per il 2019.

<b>Art. 37, comma 5 del codice dei contratti</b>	<b>Nuovo comma 5 dell’articolo 37 previsto dalla legge di bilancio (manovra per il 2019) con l’articolo 16, comma 4 del disegno di legge</b>
<p>5. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell’economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza unificata, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice, garantendo la tutela dei diritti delle minoranze linguistiche, sono individuati gli ambiti territoriali di riferimento in applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, e stabiliti i criteri e le modalità per la costituzione delle centrali di committenza in forma di aggregazione di comuni non capoluogo di provincia. In caso di concessione di servizi pubblici locali di interesse economico generale di rete, l’ambito di competenza della centrale di committenza coincide con l’ambito territoriale di riferimento (ATO), individuato ai sensi della normativa di settore. Sono fatte salve in ogni caso le attribuzioni delle province, delle città metropolitane e degli enti di area vasta di cui alla legge 7 aprile 2014, n. 56. Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui al primo periodo si applica l'articolo 216, comma 10.</p>	<p><u>In attesa della qualificazione delle stazioni appaltanti, l’ambito territoriale di riferimento delle centrali di committenza coincide con il territorio provinciale o metropolitano e i Comuni non capoluogo di provincia <b>ricorrono</b> alla stazione unica appaltante costituita presso le province e le città metropolitane <b>per gli appalti di lavori pubblici</b>.</u></p>

La disposizione, a sommosso parere ed al netto delle varie implicazioni, sembra imporre un preciso obbligo facendo salva la sola possibilità di appaltare in via “diretta” solamente le acquisizioni in tema di servizi e forniture. Per i lavori, invece, come detto, si impone (sembrerebbe) per i comuni

non capoluogo una necessaria centralizzazione ad un livello più ampio rispetto al territorio delle Unioni di Comuni.

### **Alcuni aspetti da chiarire**

Nel caso dei comuni non capoluogo, quindi, le attività contrattuali risulteranno quelle fondamentali della programmazione e - in base a dettagli da definire – sulla “proposta” di procedura di gara (con i vari allegati tecnici) in modo che la SUA possa espletare formalmente la gara e restituire all’ente richiedente l’aggiudicazione per la successiva stipula ed esecuzione del contratto. Questa forma di “accorpamento” – al netto si ripete di una miriade di implicazioni –, tra l’altro obbligata senza diverse opzioni (per i lavori), potrebbe effettivamente sviluppare professionalità e, attraverso la concentrazione dei procedimenti, anche un correlato “concentramento” sui controlli nei procedimenti e minor contenzioso soprattutto nell’ambito più delicato dei lavori pubblici. La nuova delimitazione territoriale faciliterebbe anche il transito verso le comunicazioni “digitali” di delicata implicazione soprattutto per i lavori fin’ora espletati fuori dalle piattaforme telematiche (anche dei soggetti aggregatori).

Rimane da chiarire, per come scritta la norma, la questione degli altri appalti e delle concessioni. Sembra esser venuto meno – almeno in questo momento transitorio – l’obbligo di ricorrere alla centrale in unione ed ogni comune sceglie in che modo effettuare la gara (se in modo concertato/aggregato o del tutto autonomo, ad esempio sul modello di quanto accade nella regione Sardegna).

Ovviamente tale disposizione non fa venire meno l’obbligo correlato all’applicazione della disciplina *spending review* ed il ricorso al mercato elettronico nel sotto soglia comunitario e, per il sopra soglia, gli obblighi delle “comunicazioni” digitali. Ed in questo caso i soggetti aggregatori (le centrali di committenza regionali) risultano pronti da tempo (per gli obblighi specifici).

### **Un nuovo codice**

Secondo i vari annunci risulterebbe imminente la riformulazione del codice maggiormente impostato sulle indicazioni comunitarie per certi versi meno stringenti delle varie articolazioni del codice.

In tema, per tornare su una questione “caldissima”, potrebbe risultare interessante (e maggiormente funzionale) **limitare l’applicazione ortodossa della rotazione solamente al caso di affidamenti assegnati con il criterio del minor prezzo preferendo invece, nel caso di appalti (di successione di appalti per commesse o identiche o rientranti nello stesso settore) da aggiudicarsi con il multi criterio (offerta economicamente più vantaggiosa), una rotazione e/o esternalizzazione della commissione di gara ed un maggior presidio sulle funzioni del RUP che abbia “scritto” le regole della gara e segnatamente, proprio i criteri di aggiudicazione.**

La questione della incompatibilità del RUP (a far parte della commissione di gara) sembra trovare una definitiva composizione con la recente sentenza del [Consiglio di Stato, sez. III, n. 6082/2018](#). L’approdo definitivo è che il RUP non è automaticamente incompatibile ma l’appaltatore dovrà dimostrare (fornire la prova) di un concreto condizionamento del procedimento. Secondo il giudice di Palazzo Spada è in questo senso che andrebbe letta la modifica apportata al comma 4 dell’articolo 77 con il decreto legislativo correttivo n. 56/2017 laddove si rimette la valutazione (sulla partecipazione o meno) al dirigente/responsabile del servizio. Anche questa sentenza, evidentemente autorevolissima, sembra però cercare di “valorizzare” la modifica normativa che forse non era necessaria o, se si preferisce, dare (anche) un senso alla smisurata giurisprudenza (contraddittoria) che si è sviluppata sul tema.

**La norma non pare da “valorizzare” perché se il RUP ha scritto le regole della gara (ed in particolare i criteri di aggiudicazione) chi può sostenere in via prognostica che non è incompatibile?**

Al di là di quanto evidenziato dall'importante sentenza è chiaro che la decisione di tenere il RUP in commissione di gara dovrà sempre avere una chiara motivazione di competenza del dirigente/responsabile del servizio (magari già nell'atto di individuazione del responsabile unico), ma – considerata l'attuale situazione – meglio sarebbe tenere il RUP nel ruolo di segretario verbalizzante (situazione consentita dallo stesso **Consiglio di Stato, Sez. III, con la sentenza del 26 gennaio 2018 n. 569**).

### **La presidenza delle commissioni di gara negli Enti locali**

Una ulteriore sottolineatura riguarda la presidenza della commissione di gara negli enti locali. Dalla lettura anche di molti riferimenti giurisprudenziali, sembra emergere una sorta di “commistione”/confusione tra RUP e dirigente/responsabile del servizio. Tanto che, si sostiene (ed accade anche concretamente) che negli Enti locali la commissione la possa presiedere il RUP non responsabile del servizio.

Questo *modus operandi* appare smentito dall'[articolo 107 del decreto legislativo 267/2000](#) a cui gli Enti locali si devono attenere (non risultando abrogato) e che assegna alla dirigenza (o responsabili di servizio) con poteri di spesa la presidenza delle commissioni di gara. Per ciò stesso, negli enti locali, la presidenza non può che riguardare il responsabile del servizio che potrebbe non coincidere con il RUP. Un RUP non dirigente (comunque con assegnazione di poteri gestionali autonomi) o non responsabile del servizio non potrà presiedere la commissione di gara. Da notare, sempre con riferimento agli enti locali e segnatamente ai Comuni che lo stesso **Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2534/2018**, ha ritenuto “infondata (...) la dedotta incompatibilità del Presidente in quanto Dirigente poi preposto all'approvazione dell'aggiudicazione, **poiché nelle gare per l'aggiudicazione di contratti comunali non sussiste incompatibilità tra la funzione di presidente della commissione di gara e quella di organo che dispone l'aggiudicazione definitiva, entrambe nella persona del dirigente di settore e, d'altronde, tale conclusione si ricava dall'art. 107, comma 3, d.lgs. n. 267/2000**”.