

LE RESPONSABILITÀ DEL RUP

(approfondimento sulla slide n.23 della presentazione webinar 6 luglio 2023)

Gran parte del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 36/2023 – di seguito “CCP”) è ispirata alla mitigazione delle ipotesi di responsabilità del RUP, al fine di rasserenarne l’attività, nel rispetto del principio della fiducia.

Nel corso del webinar del 6 luglio u.s., si è visto che il RUP

- può essere coadiuvato fino a quattro esperti per ciascuna singola fase (art. 15, co. 4, D.lgs. n. 36/2023) e
- può affidare, anche all’esterno, le attività di supporto per un importo fino all’1% del valore della gara (art. 15, co. 6, D.lgs. n. 36/2023).

INCENTIVI ALLE FUNZIONI TECNICHE

In aggiunta, il meccanismo incentivante di cui all’art. 45 del nuovo CCP (“*incentivi alle funzioni tecniche*”) consente di reperire più agevolmente figure interne alla SA che siano disposte a condividere le funzioni del RUP, rispondendone personalmente.

Per le funzioni tecniche che godono degli incentivi si veda l’Allegato I.10 al CCP.

ACCORDO BONARIO

Volendo prendere in considerazione anche gli strumenti offerti dal CCP per la risoluzione delle controversie, in maniera alternativa alla tutela giurisdizionale, l’art. 210 prevede la possibilità di ricorrere allo strumento dell’accordo bonario per le controversie relative alle riserve iscritte sui documenti contabili (nel limite del 15% dell’importo contrattuale).

È previsto l’obbligo a carico del RUP di attivare l’accordo bonario antecedentemente all’approvazione del certificato di collaudo, ovvero di verifica di conformità, o del certificato di regolare esecuzione ai fini della risoluzione delle eventuali riserve iscritte, a prescindere dal loro importo.

Al RUP spetta anche la preliminare valutazione circa l’ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve al fine di un calcolo effettivo e reale del raggiungimento del limite del 15% dell’importo del contratto.

Infine, il RUP compie l'istruttoria in contraddittorio con il soggetto che ha formulato le riserve, verificando l'opportunità di nominare un esperto nonché formula una proposta di accordo bonario. È evidente, dunque, che il RUP ha un ruolo centrale nella definizione dell'accordo bonario.

Al tempo stesso, tuttavia, si ravvisano dei possibili addebiti di responsabilità in capo al RUP, il che rende l'istituto di scarsa applicazione.

Infatti, è previsto, in alternativa, che la proposta di accordo:

- sia formulata dallo stesso RUP (che se ne assume la responsabilità)
- oppure che il RUP richieda alla Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture - istituita presso l'ANAC - l'indicazione di una lista di esperti nell'ambito della quale la S.A. e l'operatore economico potranno scegliere d'intesa l'esperto che formulerà la proposta. In caso di mancata intesa, la scelta dell'esperto è effettuata dalla Camera arbitrale.

Dunque, si rappresenta il rischio che tale seconda opzione possa esporre potenzialmente il RUP a un'attività di controllo da parte dell'ANAC.

I collegi consultivi tecnici, in questo senso, in quanto finalizzati a *“prevenire le controversie o consentire la rapida risoluzione delle stesse o delle dispute tecniche di ogni natura che possano insorgere nell'esecuzione dei contratti”*, possono risultare utili ad evitare questo genere di spade di Damocle incombenti sul RUP.

COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO

Sempre nel libro V, troviamo le disposizioni in materia di Collegi consultivi tecnici (“CCT”).

Il CCT è un organo consultivo, di mediazione e di conciliazione, che ha la funzione di prevenire le controversie che dovessero insorgere nel corso dell'esecuzione di un contratto pubblico o comunque di consentirne la rapida risoluzione.

Ai nostri fini rileva l'art. 215, comma 3, ai sensi del quale *“L'osservanza delle determinazioni del CCT è causa di esclusione della responsabilità per danno erariale, salva l'ipotesi di condotta dolosa”*.

A livello operativo, non è infrequente che, ove costituiti (sono obbligatori per lavori sopra soglia o servizi e forniture sopra al milione), la stessa SA formuli frequentemente quesiti al CCT proprio al fine di tranquillizzare il RUP riguardo a fattispecie che sono già chiare dal testo normativo e, dunque, proprio al fine di “blindarlo” sulla base dell'applicazione della norma stessa.

Il CCT può essere d'ausilio, ad esempio, in caso di varianti in corso d'opera che, ai sensi dell'art. 120 e dell'art. 5 dell'allegato II.14, devono essere approvate dal RUP e trasmesse all'ANAC. Quest'ultima, senza che sia previsto alcun termine, nel caso in cui accerti l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata, esercita i poteri di cui all'articolo 222 con facoltà di inoltrare gli atti alla Corte dei Conti e alla Procura della Repubblica.

L'art. 215 diminuisce le ipotesi in cui possa insorgere una controversia esprimendo pareri o determinazioni. Queste ultime hanno natura di lodo contrattuale ai sensi dell'art. 808 *ter* c.p.c. che prevede una limitatissima possibilità di impugnazione. L'inosservanza dei pareri e delle determinazioni del CCT è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali. L'osservanza delle sole determinazioni (non dei pareri) esclude la responsabilità per danno erariale. I pareri sono obbligatori (in caso di sospensione dell'esecuzione dei lavori sopra soglia o per forniture e servizi sopra al milione di euro). Negli altri casi i pareri sono espressi solo in presenza di volontà contraria rispetto all'adozione di determinazioni (che hanno valore di lodo).

L'obiettivo dichiarato dei CCT è quello di evitare l'iscrizione delle riserve.

L'ISCRIZIONE DELLE RISERVE

Per quanto riguarda la disciplina delle riserve, l'**allegato II.14** colma un vuoto rispetto al Codice precedente. Infatti, nel sistema precedente, il d.m. n. 49/2018 stabiliva che *"il direttore dei lavori, per la gestione delle contestazioni su aspetti tecnici e delle riserve, si attiene alla relativa disciplina prevista dalla stazione appaltante e riportata nel capitolato d'appalto"*. La conseguenza era che, in assenza di regole precise, ciascuna SA poneva una disciplina specifica in sede contrattuale o di capitolato.

Ora, al contrario, la disciplina sul contenuto e sulle tempistiche dell'iscrizione delle riserve è dettagliata e uniforme e sono, al contrario, invalide le pattuizioni imposte dalle SA.

LE LIMITAZIONI DI RESPONSABILITÀ PER I DIPENDENTI PUBBLICI

L'articolo 1, comma 12-*quinq*ues, lettera a), del D.L. 22 aprile 2023, n. 44, convertito con modificazioni dalla Legge 21 giugno 2023, n. 74 ha esteso (in sede di conversione) di un anno la limitazione transitoria della responsabilità erariale di amministratori, dipendenti pubblici e privati cui è affidata la gestione di risorse pubbliche ai danni cagionati dalle sole condotte poste in essere

con dolo, escludendo le responsabilità per colpa grave salvi i casi di danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente. La disposizione è volta a limitare la c.d. burocrazia difensiva anche se le prime applicazioni della disposizione hanno visto ampliata la fattispecie del c.d. dolo eventuale da parte delle Procure contabili. Peraltro l'art. 1917 esclude l'assicurabilità dei danni dolosamente cagionati.