

Diritto degli appalti pubblici

Prof. Simona D'Antonio

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

A.A. 2025/2026

Argomento 4

Profili organizzativi delle stazioni appaltanti
e degli enti concedenti

L'organizzazione amministrativa

- Art. 97, cc. 2 e 3, Cost.
- Legalità e riserva di legge
- Buon andamento
- Imparzialità
- Organi e uffici
- Attribuzione e competenza

Il procedimento amministrativo

- Legge 7 agosto 1990, n. 241
- Art. 1: principi dell'attività amministrativa
- Nozione di procedimento amministrativo: serie di atti ed attività funzionalizzati all'adozione del provvedimento amministrativo → processo decisionale formalizzato attraverso il quale le PP.AA. esercitano i poteri ad esse attribuiti dalla legge.
- Fasi del procedimento amministrativo: fase di iniziativa, fase istruttoria, fase decisoria.

Il responsabile del procedimento amministrativo

- Legge 7 agosto 1990, n. 241: capo II, artt. 4 – 6-bis
- Unità organizzativa responsabile del procedimento
- Responsabile del procedimento: nomina/individuazione
- Compiti

Profili organizzativi delle stazioni appaltanti

- Responsabile Unico del Progetto (R.U.P.) (art. 15)
- Direttore dell'esecuzione del contratto o direttore dei lavori (art. 114)
- Commissione giudicatrice (artt. 51 e 93)
- Collaudatore/commissione di collaudo o verificatore della conformità (art. 116)

Applicazione ai contratti pubblici dei principi relativi all'organizzazione amministrativa

- Ad es. imparzialità (ma anche buon andamento):
 - preferenza per l'affidamento dei suddetti incarichi a dipendenti della S.A. o comunque della P.A.;
 - regole relative alla composizione della commissione giudicatrice: deve essere composta da personale interno e solo in mancanza di specifiche professionalità è possibile rivolgersi ad altre amministrazioni o a professionisti esterni; i componenti sono nominati secondo criteri di trasparenza, competenza e rotazione. Il RUP può essere membro della commissione, e in caso di contratto sotto soglia anche presidente.

Il R.U.P. in materia di contratti pubblici (art. 15)

- «Unico» = per tutte le fasi (programmazione, progettazione, affidamento, esecuzione) relative al singolo contratto;
- ha compiti di vigilanza, controllo, amministrazione attiva, coordinamento, accertamento (All. I.2, artt. 1-8); svolge tutte le attività necessarie, ove non di competenza di altri organi (art. 15, c. 5);
- è scelto tra i dipendenti della stazione appaltante; deve avere i requisiti di cui all'All. I.2 (competenza e integrità);
- l'ufficio è obbligatorio e non può essere rifiutato; assume la qualifica di pubblico ufficiale;
- in caso di mancata nomina, l'incarico è svolto dal responsabile dell'unità organizzativa competente per l'intervento;
- eventuali responsabili di procedimento per le diverse fasi (art. 15, c. 4);
- eventuale struttura di supporto al R.U.P. e incarichi di assistenza (art. 15, c. 6).

Tratti distintivi

- Differenze tra il R.U.P. e il responsabile del procedimento amministrativo ex l. n. 241/1990:
 - 1) il RUP è responsabile non di un singolo procedimento, ma di una pluralità di procedimenti;
 - 2) la l. n. 241/1990 disciplina il responsabile del procedimento sia come ufficio sia come persona fisica; il Codice dei contratti pubblici disciplina il RUP solo come persona fisica.

Compiti del RUP comuni a tutti i contratti e le fasi (art. 6, All. I.2)

- Coordina il processo realizzativo dell'intervento pubblico e in particolare:
 - formula proposte ai fini della programmazione dei lavori e degli acquisti;
 - propone la conclusione di accordi di programma tra più amministrazioni;
 - propone l'indizione o indice la conferenza di servizi;
 - verifica e valida i progetti;
 - decide il sistema di affidamento, il tipo di contratto da stipulare, il criterio di aggiudicazione da adottare;
 - richiede alla stazione appaltante la nomina della commissione giudicatrice in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

(segue)

- propone la nomina del direttore dei lavori;
- promuove l'istituzione dell'ufficio di direzione dei lavori;
- decide sulle istanze di accesso ai documenti della procedura;
- svolge funzioni di «soccorso istruttorio» (art. 6, c. 1, lett. b) l. n. 241/1990);
- cura le comunicazioni (esclusioni, aggiudicazioni, etc.) e le pubblicazioni (bandi, avvisi, graduatorie, etc.) richieste dalla legge.

Compiti del RUP per la fase dell'affidamento (art. 7, All. I.2)

- Verifica la documentazione amministrativa e in generale coordina e verifica il corretto svolgimento delle procedure e adotta le decisioni conseguenti;
- verifica la congruità delle offerte in caso di aggiudicazione secondo il criterio del minor prezzo;
- verifica le offerte anormalmente basse con l'eventuale supporto della commissione giudicatrice;
- dispone le esclusioni dalle gare;
- in caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può svolgere tutte le attività diverse da quelle valutative, le quali sono riservate alla commissione giudicatrice;
- in caso di criterio del minor prezzo, può procedere direttamente alla valutazione delle offerte economiche (altrimenti rimessa al seggio di gara: art. 93, c. 7);
- adotta l'aggiudicazione quando è organo della stazione appaltante.

Compiti del RUP per la fase dell'esecuzione (art. 8, All. I.2)

- Vigila sul rispetto delle norme a tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, assumendo il ruolo di «responsabile dei lavori»;
- imparte istruzioni («disposizioni di servizio») al direttore dei lavori e lo autorizza alla consegna dei lavori;
- autorizza le modifiche dei contratti di appalto in corso di esecuzione;
- approva i prezzi relativi a nuove lavorazioni originariamente non previste;
- irroga le penali per il ritardato adempimento degli obblighi contrattuali;

(segue)

- ordina la sospensione dei lavori per ragioni di pubblico interesse o necessità e dispone la ripresa degli stessi;
- attiva la definizione con accordo bonario delle controversie ed è sentito sulla proposta di transazione;
- propone la risoluzione del contratto in presenza dei relativi presupposti;
- all'esito positivo del collaudo o della verifica di conformità, rilascia il certificato di pagamento e lo invia alla stazione appaltante ai fini dell'emissione del mandato di pagamento.

CDS, V, 29 luglio 2019, n. 5308

«Quanto all'ultimo motivo di gravame ... incentrato sul cumulo in capo alla dott.ssa ... dirigente dei servizi formativi e sociali dell'Ente, delle funzioni di Presidente della Commissione giudicatrice e di RUP, ... non può essere ravvisata nessuna automatica incompatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di componente della commissione giudicatrice di gara, a meno che non venga dimostrata in concreto l'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi».

Commissione giudicatrice

(artt. 51-93)

- La disciplina dettata dal codice in materia si applica anche ai contratti sotto soglia.
- Va nominata in caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
- È un organo collegiale* (collegio perfetto), straordinario e temporaneo della stazione appaltante.
- Svolge un'attività tecnica (valutazione dell'offerta dal punto di vista tecnico), preparatoria, con rilevanza interna, finalizzata all'individuazione del miglior contraente e dunque all'aggiudicazione provvisoria.

[*composto da un numero dispari di componenti non superiore a 5]

Nomina della commissione giudicatrice

- Ritorno alla preferenza per componenti interni (il codice del 2016 prevedeva un sorteggio pubblico fra esperti – preferibilmente esterni – iscritti a un apposito albo istituito presso l'ANAC: disciplina di fatto mai applicata).
- Nella nomina occorre attenersi a criteri di trasparenza, competenza e rotazione.
- Può farne parte il RUP (che nei contratti sotto soglia può anche presiederla).
- La nomina deve avvenire dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

(segue)

- I membri devono essere tecnici (non politici) esperti nel settore.
- Sono previste specifiche cause di incompatibilità ed obblighi di astensione → non possono farne parte:
 - a) coloro che nel biennio precedente sono stati componenti di organi di indirizzo politico della stazione appaltante;
 - b) coloro che sono stati condannati per reati contro la P.A.;
 - c) coloro che si trovano in una situazione di conflitto di interessi con uno degli operatori economici partecipanti alla procedura.

Annullo atti di gara e commissione

- Annullo dell'aggiudicazione o dell'esclusione di uno dei concorrenti → rinnovo del procedimento di gara.
- L'art. 93, c. 6 stabilisce che in tal caso «è riconvocata la medesima commissione», a meno che l'annullo non sia derivato da un vizio nella composizione della stessa.
- In tale ultimo caso, occorre procedere alla nomina di una nuova commissione e rinnovare il procedimento da tale momento.
- Gli atti della commissione sono impugnabili qualora lesivi.
- In relazione ad essi si pone il problema del sindacato giurisdizionale sulla c.d. discrezionalità tecnica.

Direttore dei lavori (o dell'esecuzione del contratto): art. 114

- L'esecuzione dei contratti è diretta dal RUP, il quale si avvale del direttore dell'esecuzione.
- In caso di **LAVORI** le stazioni appaltanti nominano, prima dell'avvio della procedura di affidamento e su proposta del RUP, un direttore dei lavori.
- Il direttore dei lavori può essere coadiuvato da un ufficio di direzione dei lavori.
- È un organo monocratico, tecnico e straordinario della S.A.
- È preposto al controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione dell'intervento.

(segue)

- Deve essere un dipendente della S.A. o di altra P.A.
- Può essere un professionista esterno solo in mancanza di personale dotato delle competenze necessarie.
- Per i **SERVIZI** e le **FORNITURE** le funzioni di direttore dell'esecuzione sono svolte di norma dal RUP;
- a meno che non sia diversamente previsto dal codice per la particolare importanza (qualitativa o quantitativa) delle prestazioni.
- Non può accettare incarichi professionali dall'appaltatore.
- È legato da un rapporto di servizio con la P.A. → responsabilità amministrativa e giurisdizione della Corte dei conti.

Collaudatore/commissione di collaudo

art. 116

- Il collaudo è previsto per gli appalti di lavori, ai fini dell'accettazione dell'opera e del pagamento del corrispettivo da parte della P.A..
- Per gli appalti di servizi e di forniture si parla di verifica di conformità, alla quale provvede il RUP, salvo particolare complessità della prestazione.
- Il collaudatore può essere organo monocratico o collegiale (max 3 membri, collegio perfetto); è organo tecnico e straordinario della S.A..
- L'affidamento a professionisti esterni è ammesso solo in via di eccezione e secondo le procedure previste dal codice.
- Sorge un rapporto di servizio con la P.A. → responsabilità amministrativa e giurisdizione della Corte dei conti.

Diritto di accesso

- Disciplina generale: art. 22 ss. l. n. 241/1990
 - Disciplina speciale in materia di appalti pubblici: artt. 35 e 36 d. lgs. n. 36/2023 → digitalizzazione.
 - La disciplina speciale prevede specifici casi di differimento e specifici casi di esclusione (c.d. «microsistema normativo») (ma cfr. anche l'art. 24, c. 6, lett. d), l. n. 241/1990).
- Cfr. C.G.U.E., sez. III, 14 febbraio 2008, C-450/2006, «Varec»
→ necessità di un bilanciamento tra accesso (in funzione dell'effettività della tutela giurisdizionale) e riservatezza (in funzione della tutela della concorrenza).

Obblighi di differimento dell'accesso (art. 35, c. 2)

- a) Nelle procedure aperte: elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine di presentazione delle stesse;
- b) nelle procedure ristrette, negoziate ed informali: elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o manifestato il loro interesse, che sono stati invitati a presentare offerte e che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine di presentazione delle stesse;
- c) domande di partecipazione ed atti relativi ai requisiti di partecipazione, verbali relativi all'ammissione, fino all'aggiudicazione;
- d) offerte e verbali relativi alla valutazione delle stesse, fino all'aggiudicazione;
- e) verifica dell'anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione.

Casi di esclusione discrezionale (art. 35, c. 4, lett. a)

- Fatta salva la disciplina prevista per gli appalti «secretati» o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso può essere escluso relativamente alle:
 - a) informazioni relative alle offerte che costituiscano segreti tecnici o commerciali, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente [ma è sempre autorizzato l'accesso «difensivo», se il richiedente ne prova la necessità per la sua difesa in una specifica controversia (c. 5)]*;

* TAR Campania, Napoli, sez. V, 9 gennaio 2023, n. 196; CDS, III, 16 febbraio 2021, n. 1428.

Casi di esclusione vincolata (art. 35, c. 4, lett. b)

il diritto di accesso deve essere escluso relativamente a:

- b) 1. pareri legali acquisiti dalla p.a. per la soluzione di liti potenziali o in atto (sono invece accessibili quelli richiesti nella fase istruttoria);
- b) 2. relazioni riservate del direttore dei lavori/dell'esecuzione e del collaudatore sulle domande/riserve del soggetto esecutore;
- b) 3. piattaforme digitali o infrastrutture informatiche coperte da diritti di privativa intellettuale [ma è sempre autorizzato l'accesso «difensivo», se il richiedente ne prova la necessità per la sua difesa in una specifica controversia (c. 5)].

rilevanza penale (art. 35, c. 3)

- della violazione del divieto di ostensione o dell'obbligo di differimento: art. 326 c.p. «Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio»

TAR Campania, Napoli, sez. V, 09/01/2023, n. 196

- In una procedura aperta per l'affidamento triennale del servizio di prenotazione delle prestazioni sanitarie e cassa CUP, la seconda in graduatoria aveva chiesto l'accesso all'offerta tecnica, all'offerta economica, alle giustificazioni e ai chiarimenti forniti dall'aggiudicataria; anche a seguito di opposizione di quest'ultima, la ASL aveva negato l'accesso, facendo valere il segreto tecnico e commerciale.
- Il TAR ha ritenuto prevalente l'accesso in quanto difensivo (preordinato all'esercizio del diritto di difesa); pertanto ha accolto il ricorso avverso il diniego di accesso e ha ordinato all'amministrazione di esibire i documenti richiesti dalla società ricorrente.

Cons. Stato, sez. III, 16/02/2021, n. 1428

- Procedura negoziata per l'aggiudicazione della fornitura di contenitori per il trasporto di emocomponenti per l'U.O.C. di medicina trasfusionale. Partecipano due imprese, una delle quali si aggiudica l'appalto. L'altra chiede l'accesso ai contenuti dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria e a tutti i verbali di gara, al dichiarato fine di agire in giudizio; l'aggiudicataria si oppone. La ASL trasmette l'aggiudicazione e i verbali di gara, ma nega l'accesso all'offerta e alla documentazione tecnica, a causa dell'opposizione dell'altra impresa. Inoltre il diniego è motivato con **l'omessa impugnativa dell'aggiudicazione** da parte della richiedente. Quest'ultima propone ricorso al TAR ex art. 116 c.p.a. Il ricorso è rigettato, per non avere la ricorrente impugnato l'aggiudicazione.

... segue

- Il TAR ha dato prevalenza alle esigenze di riservatezza, non sussistendo – data la mancata impugnativa – ragioni di tutela giudiziaria.
- Il Consiglio di Stato accoglie l'appello. Ritiene che l'istanza di accesso fosse sufficientemente specifica nel dimostrare la necessità dell'accesso ai fini della tutela in giudizio. Richiama AP 12/2020 secondo la quale, qualora l'amministrazione impedisca la tempestiva conoscenza degli atti di gara, il termine per impugnare questi ultimi comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti. Si cita inoltre AP 19/2020 sulla strumentalità dell'accesso documentale ai fini della tutela di situazioni finali e sostanziali, che ha escluso che la pendenza di una lite costituisca condizione necessaria per consentire l'accesso.

... segue

- Inoltre secondo il Consiglio di Stato è illegittima l'integrale sottrazione all'accesso dell'offerta tecnica; il segreto tecnico o commerciale avrebbe potuto sussistere solo su specifici aspetti dell'offerta, che si sarebbero potuti oscurare (ad es. in presenza di specifici brevetti).
- La disciplina applicabile *ratione temporis* (vecchio codice dei contratti pubblici) deve essere interpretata nel senso che non è indispensabile, ai fini dell'accesso, che il documento richiesto debba essere utilizzato in uno specifico giudizio.
- È piuttosto onere del controinteressato attestare espressamente il carattere riservato dell'informazione e dimostrare con «motivata e comprovata dichiarazione» l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia.

... segue

- Il Cons. Stato ha accolto l'appello, dichiarando l'obbligo per la P.A. di consentire senza indugi il tempestivo accesso dell'impresa appellante all'offerta tecnica presentata dall'impresa controinteressata, previo puntuale oscuramento delle specifiche informazioni per le quali quest'ultima abbia motivatamente dimostrato la sussistenza di una attuale esigenza di tutela brevettuale o di privativa industriale o commerciale in ordine a dati altrimenti non noti o conoscibili.

TAR Basilicata, Potenza, sez. I, 09/01/2025, n.
19

«Il diniego di ostensione dell'offerta tecnica nell'ambito di un'istanza di accesso civico generalizzato è legittimo qualora tale documento contenga segreti tecnici o commerciali. In tal caso, prevale la tutela degli interessi economici e commerciali della controinteressata sul diritto di accesso, come disposto dall'art. 35, c. 4, lett. a) del D.Lgs. n. 36/2023 e confermato dall'art. 5-bis, c. 2, lett. c) del D.Lgs. n. 33/2013».

L'istanza di accesso aveva ad oggetto il contratto di appalto e l'offerta tecnica presentata dall'aggiudicataria per la gestione di un centro per migranti; era stato consentito l'accesso al contratto ma non all'offerta tecnica, affermando che questa contenesse segreti tecnici o commerciali (c.d. *know how*). La controinteressata si era opposta. Il TAR ritiene che sia stata data corretta applicazione all'art. 5-bis, c. 2, lett. c) del d. lgs. n. 33/2013.