

DIRETTIVA /2016

OGGETTO:

Nuovo codice dei contratti: linee guida per l'organizzazione delle procedure di gara, con particolare riferimento alla verifica di ammissibilità delle domande di partecipazione. Il ruolo del RUP.

Uno dei punti più innovativi del codice dei contratti è costituito dall'introduzione ad opera dell'art. 204 di una disposizione processuale che impone l'obbligo di impugnare, a pena di inammissibilità *"il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali"* entro 30 giorni dalla pubblicazione di tale provvedimento sul profilo committente, che coincide ex art. 29 dello stesso codice con la sotto-sezione di amministrazione trasparente di cui all'art. 37 del d.lgs. 33/2013 (bandi di gara e contratti). La norma, che introduce il comma 2-bis all'art. 120 del codice del processo amministrativo, ha una evidente finalità deflattiva, nel senso che mira a risolvere a monte tutte le controversie relative all'ammissione o esclusione dei concorrenti, in modo tale che all'atto dell'aggiudicazione la rosa degli partecipanti che hanno presentato una offerta valida sia sostanzialmente cristallizzata.

Il raggiungimento di tale obiettivo di deflazione ed anticipazione del contenzioso sul possesso dei requisiti soggettivi di carattere generale e/o speciale ha, però, comportato una serie di modifiche sostanziali al procedimento di scelta del contraente, con novità sia in materia di competenze che di adempimenti.

La norma di riferimento è costituita dall'art. 29, comma 1, del codice la quale detta le regole sulla trasparenza in materia di contratti pubblici, come tale ripresa dall'art. 37 del d. lgs. 33/2013, come modificato dal d. lgs. 97/2016. Il principio generale è che tutti gli atti relativi alla programmazione nonché alle procedure di affidamento di contratti di lavori, servizi, forniture e concessioni debbono essere pubblicati sul profilo committente. Tali pubblicazioni seguono i principi generali previsti per la pubblicazione per finalità di trasparenza. Tuttavia, il secondo periodo dell'art. 29, comma 1, dispone che **entro due giorni dalla sua adozione è pubblicato** *"il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali"*; la norma precisa che la pubblicazione è finalizzata **"a consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'art. 120 del codice del processo amministrativo"**. Ne consegue che la stazione appaltante deve adottare e pubblicare entro 2 giorni **un provvedimento** con il quale determina le esclusioni dalla procedura e le ammissioni ad essa all'esito delle valutazioni dei

requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali; tale provvedimento assume rilevanza esterna ed immediata portata lesiva in quanto il legislatore non solo lo considera immediatamente impugnabile (a prescindere dalla verifica della sussistenza in concreto di un interesse a ricorrere ex art. 100 cpc), ma condiziona l'impugnabilità dei successivi atti della procedura di gara, ivi compresa l'aggiudicazione, alla avvenuta tempestiva impugnazione (entro 30 giorni dalla pubblicazione in "amministrazione trasparente") di tale provvedimento.

Ciò posto, occorre individuare l'organo competente ad adottare il provvedimento de quo e la sua struttura e contenuto.

In via preliminare, occorre evidenziare che in base all'art. 95 del codice il criterio generale di aggiudicazione degli appalti è costituito dall'offerta economicamente più vantaggiosa, che in alcune ipotesi è individuato come criterio esclusivo e non derogabile (comma 3), mentre il criterio del minor prezzo costituisce criterio residuale al quale si può ricorrere, previa adeguata motivazione (comma 5), esclusivamente nelle tassative ipotesi individuate dal comma 4. Orbene, in base all'art. 77 allorché il criterio di aggiudicazione è quello dell'OEPV la valutazione delle offerte è affidata ad **una commissione formata da soggetti iscritti in un apposito Albo tenuto dall'Anac.**

Durante il regime transitorio (cioè fino all'adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo da parte di Anac), l'art. 77, comma 12 e l'art. 216, comma 12 dispongono che alla nomina dei componenti della commissione provveda il competente organo della stazione appaltante (responsabile del servizio), applicando regole di trasparenza e competenza dei commissari previamente individuate.

Ciò posto, si deve osservare che in base al comma 1 dell'art. 77, **la Commissione effettua "la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico"**. Essa, dunque, è chiamata dalla legge a valutare l'offerta tecnica ed economica, non anche i requisiti di ammissione della candidatura. Pertanto, la Commissione non risulta competente a valutare la regolarità delle domande di partecipazione e l'ammissibilità delle stesse sotto il profilo della tempestività, della rispondenza alla lex specialis di gara e al possesso in capo ai candidati dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali. Non risultando tale competenza attribuita ad altri organi dell'amministrazione, essa rientra tra le competenze del Rup, il quale a norma dell'art. 31, comma 3, *"svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti"*.

Pertanto, il provvedimento che determina le ammissioni e le esclusioni dei partecipanti deve essere adottato dal Rup (tale interpretazione si evince anche dal par. 2.2 della bozza di linee guida sul Rup predisposta dall'Anac 1).

Dal punto di vista organizzativo, a prescindere al criterio di aggiudicazione (e, quindi, indipendentemente dall'obbligo di nominare una commissione di valutazione delle offerte), la prima fase di ciascuna gara deve essere svolta dal Rup, il quale potrà costituire un seggio di gara ovvero farsi coadiuvare da dipendenti dell'ufficio, provvedendo a stilare l'elenco delle domande pervenute, a dare atto delle modalità di conservazione dei plichi, a valutare la regolarità degli stessi in relazione al termine massimo di presentazione e all'integrità dei plichi, ad aprire gli stessi dando atto del contenuto, a valutare la documentazione afferente i requisiti soggettivi (art.

1 "Il procedimento di aggiudicazione della gara secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basato sul rapporto qualità/prezzo, si svolge, normalmente, in tre fasi, due delle quali richiedono prevalenti competenze amministrative e l'altra prevalenti competenze tecniche. L'art. 77 del Codice assegna alla commissione giudicatrice la valutazione delle offerte tecniche. Alla stessa, quindi, non è affidato il compito di svolgere le attività preliminari di valutazione e ammissione dei concorrenti (tra cui rientrano la verifica della regolarità dell'invio dell'offerta e del rispetto delle disposizioni generali e speciali, la verifica della regolarità della documentazione e del possesso dei requisiti di partecipazione). Questa fase di controllo della documentazione amministrativa deve, quindi, essere svolta dal solo RUP o, eventualmente, da un seggio di gara istituito ad hoc. Ciò anche in considerazione del fatto che il RUP cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure, espletando tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento che non siano specificamente attribuiti alla commissione giudicatrice". Si deve, tuttavia, notare che l'Anac nel disciplinare i criteri per la nomina della Commissione per le gare di propria competenza durante il periodo transitorio ha sostenuto l'opposto; nella deliberazione n. 620 del 31 maggio 2016, pubblicata sul sito il 18 giugno 2016 si legge infatti : *"Considerata l'opportunità di demandare alla commissione l'intero procedimento di valutazione delle offerte, attribuendo alla medesima la competenza sulla valutazione degli aspetti amministrativi oltre che tecnico-economici delle medesime, al fine di garantire l'unitarietà del procedimento di valutazione e la terzietà del valutatore"*

80) e speciali (art. 83) richiesti nella lex specialis di gara e ricorrendo ove necessario al soccorso istruttorio (art. 83, comma 9), e decidendo ammissioni ed esclusioni con esclusivo riferimento ai requisiti di partecipazione. A tal fine si richiama l'attenzione sull'art. 26, comma 4 della direttiva UE 26.2.2014 n.24 sui concetti di irregolarità e inammissibilità (concetti ripresi dall'art. 59, commi 3 e 4 del codice). All'esito di tali operazioni, il Rup deve adottare un provvedimento unico con il quale -sulla base della documentazione presentata e di eventuali chiarimenti ed integrazioni istruttorie acquisite- dispone le ammissioni e le esclusioni. Tale provvedimento, per evidenti esigenze di semplificazione, può essere steso in calce al verbale (o all'ultimo dei verbali) delle operazioni di gara, facendo riferimento per le motivazioni a supporto delle esclusioni a quanto adeguatamente riportato nel verbale. Ciò consente di evitare l'adozione di un separato provvedimento e di procedere con immediatezza alla pubblicazione su amministrazione trasparente del provvedimento in questione unitamente al verbale e/o verbali di gara. Il provvedimento va rimesso, poi, insieme ai plichi richiusi e custoditi sotto la responsabilità del Rup alla Commissione per la valutazione delle offerte, la quale dovrà comunicare una prima seduta pubblica in cui verranno aperti i plichi e,

soprattutto, verrà dato atto di quanto contenuto nella busta con l'offerta tecnica, che poi sarà esaminata in seduta riservata.

Tale obbligo di pubblicazione, deve essere coordinato con il diverso **obbligo di comunicazione imposto dall'art. 76, comma 3**, il quale dispone che il provvedimento con cui si determinano ammissioni ed esclusioni deve essere comunicato CONTESTUALMENTE alla pubblicazione via pec a tutti i concorrenti, indicando l'ufficio dove sono disponibili i relativi atti. Tale comunicazione è funzionale a garantire a tutti i concorrenti l'accesso alla documentazione amministrativa degli altri concorrenti al fine di valutare eventuali motivi di impugnazione. In realtà, il nuovo codice non ha riprodotto una disposizione come quella di cui all'art. 79, comma 5-*quater*, del vecchio codice, il quale onerava il concorrente ad accedere informalmente agli atti della procedura entro 10 giorni dalla comunicazione dell'esclusione o dell'aggiudicazione, facendo decorrere il termine per l'impugnazione dalla scadenza di tale termine o da quello precedente in cui gli atti venivano messi a disposizione, in tutte le ipotesi in cui il profilo di illegittimità denunciato non era desumibile dal tenore letterale della comunicazione di cui al comma 5 dell'art.79 (2). Ad avviso della scrivente, nonostante il nuovo codice non abbia disciplinato l'accesso immediato ed informale, riproducendo sostanzialmente all'art. 53 la disciplina del precedente art. 13, non può revocarsi in dubbio che l'amministrazione deve consentire con immediatezza l'accesso alla documentazione amministrativa presentata dai concorrenti all'esito del provvedimento con cui si determinano ammissioni ed esclusioni; l'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 76 del nuovo codice prevede, infatti, che all'atto della comunicazione del provvedimento in questione possa essere indicato *"il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili gli atti"*, presupponendo una **libera consultabilità** della documentazione amministrativa da parte di tutti i concorrenti: il differimento fino all'aggiudicazione riguarda, infatti, le offerte e non la documentazione amministrativa (cfr. art. 53, comma 2, lett. c).

Risulta più complesso ricondurre a sistema l'art. 76, comma 5, lett. b) in base al quale la stazione appaltante comunica d'ufficio *"immediatamente e comunque entro 5 giorni..l'esclusione agli offerenti esclusi"*.

(2) cfr. CdS, sez. III, 28.8.2014, n.4432; la questione della decorrenza del termine per proporre ricorso è stata affrontata e risolta da Corte Giustizia, UE, decisione 8 maggio 2014, in causa C161/13.

Ad una prima lettura la norma sembrerebbe meramente riproduttiva dell'art 76, comma 3: come se il legislatore dopo aver previsto la comunicazione a tutti i concorrenti del provvedimento di ammissione ed esclusione, prevedesse una ulteriore comunicazione ai soli esclusi dell'esclusione. In realtà il contenuto della comunicazione in questione può essere desunto dalla lettura del secondo periodo del

comma 6 dell'art. 76, a mente del quale le comunicazioni in questione "*indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipula del contratto*". Pertanto, tenuto conto che il termine in questione (c.d. *stand-still period*) decorre dall'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione (cfr. art. 32, comma 9), non vi è dubbio che la comunicazione delle esclusioni deve essere effettuata dopo l'aggiudicazione e, pertanto, non riguarda l'esclusione per irregolarità della domanda di partecipazione o per il mancato possesso dei requisiti soggettivi o speciali, bensì l'esclusione disposta nella seconda fase ed afferente a vizi dell'offerta tecnica e/o economica.

IL SEGRETARIO COMUNALE