

Ddl Semplificazione: cambia il procedimento amministrativo contrattuale

(Parte I)

Grazie alla possibilità di anteporre al controllo sulla "idoneità" dell'appaltatore l'esame delle offerte

di Stefano Usai

Lo schema di decreto legge in materia di semplificazione e sostegno allo sviluppo, ed in particolare l'articolo 17, (contenuto nel capo V dello schema rubricato "Disposizioni urgenti in materia di infrastrutture e trasporti") rubricato "Norme in materia di semplificazione e accelerazione delle procedure negli appalti pubblici sotto soglia comunitaria" **introduce rilevanti novità in tema, soprattutto, di procedimento amministrativo contrattuale con sostanziali abrogazioni ed innesti – tra gli altri - nell'articolo 36 del codice appalti.**

Con questo primo contributo ci si soffermerà proprio sulle modifiche apportate al c.d. "microsistema" normativo compendiato nell'[articolo 36](#) in tema di appalti *ultra* e sotto soglia comunitaria.

L'ampliamento dello "spazio operativo" della procedura negoziata semplificata

Il legislatore, con questo schema, in primo luogo ha preferito soffermarsi sulla questione della procedura "semplificata" ad inviti **per i lavori** ampliando la soglia entro cui è possibile non fare la procedura di gara "ordinaria" fino a 2.500.000,00 rispetto all'attuale di un milione di euro. Sotto si riportano proprio le modifiche in argomento:

Art. 36. - Contratti sotto soglia – Norme in vigore (barrata la prevista abrogazione)	L'articolo con la modifica prevista dallo schema di decreto legge in materia di semplificazione e sostegno allo sviluppo art. 17, comma 1, lett. b) – riportata in grassetto -
c) per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro , mediante procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;	c) per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 2.500.000 di euro , mediante procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;
d) per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro mediante ricorso alle procedure ordinarie fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 4, lett. a).	d) per i lavori di importo pari o superiore a 2.500.000 di euro mediante ricorso alle procedure ordinarie fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 4, lett. a).

Per effetto di quanto, se confermata, la norma consentirà al RUP di proporre l'esperimento – fino ad importi inferiori ai 2.500.000,00 – di una procedura "con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati

della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati". La gara "ordinaria" riguarderà ovviamente gli importi pari o superiori al limite predetto. Si tratta effettivamente di una modifica tesa a semplificare il procedimento di assegnazione dei lavori è chiaro, però, che il già cospicuo conflitto in materia di gare potrebbe risultare *amplificato* soprattutto in relazione alla strutturazione concreta del procedimento di gara e quindi, tra gli altri, sulla questione della rotazione e dell'applicazione dei modelli "virtuosi" suggeriti dall'ANAC con le linee guida n. 4. Canoni e criteri che trovano applicazione in modo difforme non solo da stazione appaltante a stazione appaltante ma anche nell'ambito della stessa realtà lavorativa. Si tratterebbe, probabilmente, come ci si è già permessi di sottolineare, di dare una diversa configurazione alle linee guida (magari in termini vincolanti e non come semplici esempi virtuosi) oppure prendere la scelta definitiva e disciplinare con norma (a tal riguardo è prevista l'adozione di un regolamento da adottarsi entro 2 anni dalla delega che verrà stabilita proprio nel decreto in commento) che stabilisca nel dettaglio alcuni snodi pratico/operativi come la questione dell'alternanza tra imprese.

La "rarefazione" del procedimento amministrativo contrattuale

Risultano, invece, di particolare rilievo soprattutto le integrazioni al testo dell'articolo 36 ed in specie si allude al previsto innesto di uno specifico comma *5-bis* destinato a modificare per sempre – pur nell'ambito della decisione discrezionale della stazione appaltante – la sequenza classica delle fasi "istruttorie" del procedimento amministrativo contrattuale.

A memoria del comma in parola, si prevede che *"Nelle procedure aperte, le stazioni appaltanti possono decidere che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso. Se si avvalgono di tale facoltà, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, indicando nei documenti di gara le modalità della verifica sugli offerenti, anche a campione, della documentazione relativa dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione. Nel caso di applicazione dell'articolo 97, comma 8, sulla base dell'esito di detta verifica, si procede a ricalcolare la soglia di anomalia."*

Considerata la rilevanza sembra opportuno, ai fini di un primo commento, procedere con una scomposizione per commi del testo appena riportato. Secondo il primo periodo, *"Nelle procedure aperte, le stazioni appaltanti possono decidere che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti"*.

La disposizione tiene conto di quanto già previsto dall'articolo 56 della direttiva comunitaria 24/2014 (e nei settori speciali) ovvero della possibilità di anteporre – **nelle sole procedure aperte** – l'apertura della "buste" (anche virtuali) contenenti le offerte tecniche ed offerte economiche **prima** dell'apertura e verifica formale del contenuto della "busta" tradizionalmente destinata alla documentazione amministrativa.

Nell'appalto da aggiudicarsi al ribasso, ciò che si apre prima, evidentemente, è direttamente la busta contenente l'offerta economica (non essendoci busta con l'offerta tecnica). **La prima questione che viene il rilievo è il riferimento alle sole procedure aperte.** Già tale inciso merita una specificazione in quanto il testo è stato inserito nell'ambito dell'articolo 36 e quindi andrebbe subito chiarito se il riferimento è alle sole procedure aperte **in ambito ultra e sottosoglia comunitaria** o se invece debba essere inteso come riferito proprio (e solamente) alle procedure di gara ordinaria.

Qualora si dovesse propendere per questa soluzione non si può tacere del fatto che la “sede” in cui si pretende di allocare la norma è, ovviamente, scorretta. L’altra questione è quella della decisione rimessa alla stazione appaltante. Nel caso di specie sarà necessaria (e sufficiente) – si pensi agli enti locali e segnatamente ai comuni – una semplice delibera giuntale o si impone l’esigenza di adottare un vero e proprio regolamento (anche per disciplinare il sotto soglia comunitario come anche ANAC suggerisce con le Linee guida n. 4).

La differenza, es. per i comuni, è sostanziale in quanto l’organo competente ad adottare il regolamento è il consiglio e non la giunta. Circostanza che potrebbe portare ad una diversa definizione soprattutto delle “cautele” – come si dirà a breve – che la stazione appaltante deve comunque adottare.

Ai sensi del secondo periodo, *“Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell’avviso”*.

E’ davvero singolare la previsione in argomento in quanto diretta ad imporre oltre ad una decisione “centralizzata” della stazione appaltante anche eventuali “comportamenti” “periferici”. Nel senso che, deciso di adottare un certo *modus operandi*, il bando deve comunque contenere il richiamo alla modifica procedimentale.

La specificazione oltre che nel bando deve avvenire nell’eventuale “avviso”. Deve ritenersi che tale avviso non sia quello del sotto soglia ma che debba intendersi riferito alle procedure ristrette. Inciso, pertanto, che dovrebbe consentire di superare il primo dubbio ovvero se le procedure aperte sono solo quelle nell’ambito sotto soglia od ogni procedura ordinaria senza distinzione di soglie. Si dovrebbe propendere, quindi, per questa seconda possibilità. Nel terzo periodo della norma in commento viene introdotto un meccanismo di salvaguardia della *par condicio* tra operatori evidenziando che le stazioni appaltanti – che intendessero procedere con la prerogativa prevista dalla norma in esame - sono tenute a garantire *“che la verifica dell’assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, indicando nei documenti di gara le modalità della verifica sugli offerenti, anche a campione, della documentazione relativa dell’assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione”*.

Questo periodo è forse quello di più complessa applicazione (e interpretazione) in quanto così come scritta sembrerebbe ricordare l’obbligo della stazione appaltante di effettuare la verifica solo sull’aggiudicatario (perché è impensabile che su questi non venga svolta una verifica formale e poi sostanziale – o se si preferisce, direttamente sostanziale) e sugli altri (magari) a campione.

Sembra di potersi sostenere che la semplificazione possa aver senso solo se intesa in questo senso.

Infine il quarto periodo puntualizza che *“Nel caso di applicazione dell’articolo 97, comma 8, sulla base dell’esito di detta verifica, si procede a ricalcolare la soglia di anomalia.”* Un sistema di questo tipo impone la necessità di un ricalcolo, qualora l’aggiudicatario non sia in possesso (da questo controllo “successivo”) dei prescritti requisiti (verrebbe pertanto esclusa ed effettuato il nuovo calcolo per verificare la soglia di anomalia).

Considerazioni sulla previsione

Non può non rilevarsi che la possibilità di anteporre la conoscenza sulle offerte rispetto alle idoneità dei concorrenti rappresenta una indubbia semplificazione ma richiede anche un passaggio culturale nel “burocrate” pubblico non di poco conto. Sono del tutto ovvi pericoli di

condizionamenti – e soprattutto l’esigenza di mantenere riservati i contenuti delle offerte tecnico/economiche per evitare anche pericolose intromissioni -.

Il rischio, ovvio, è che il RUP possa essere condizionato, nel momento in cui andrà a verificare “l’idoneità” del potenziale aggiudicatario, proprio dal fatto di trovarsi innanzi ad una offerta estremamente vantaggiosa per la stazione appaltante. Immaginarlo anche praticamente, si pensi al caso dell’appalto da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, non è cosa semplice. Si tratterebbe di chiarire il ruolo anche della commissione di gara che anticiperebbe il proprio compito rispetto a quanto accade tradizionalmente su un numero più consistente di offerte (visto che in teoria risultano tutte ammesse alla fase dell’esame delle offerte).

Si impone, come detto, la questione della riservatezza di questi verbali, nel passaggio al RUP, che poi andrà a verificare i requisiti, sicuramente, dell’aggiudicatario (e a campione di altri operatori). **Uno snodo ancora più rilevante sarà quello dell’eventuale soccorso istruttorio integrativo (ma anche specificativo).**

In questo caso, il rischio è che tanto l’appaltatore ma lo stesso RUP possano – per effetto del logico condizionamento – “forzare” l’avvio di richieste di integrazione ed allora bene **sarebbe ripensare a forme di soccorso “a pagamento” per implementare dinamiche dissuasive.** Ulteriore questione, poi, è quella di chiarire in che modo dovranno essere esplicitate queste misure di cautela. E’ ipotizzabile anche in questo caso la necessità di adottare soluzioni “centralizzate” salvo riammettere, anche in tale ipotesi, delle ulteriori linee guida dell’ANAC (sempre che questa mantenga l’attuale ambito operativo).

Semplificazione sul DGUE (per acquisti dal mercato elettronico)

Importante semplificazione è prevista con il comma 6-ter in cui si prevede che *“In luogo del DGUE, i soggetti che gestiscono mercati elettronici ovvero che istituiscono o gestiscono un sistema dinamico di acquisizione per lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglie di cui all’articolo 35 possono predisporre formulari standard mediante i quali richiedere e verificare il possesso dei requisiti di cui all’articolo 80 ed ogni eventuale ulteriore informazione necessaria all’abilitazione o all’ammissione. Nell’ambito della fase del confronto **competitivo la stazione appaltante utilizza il DGUE per richiedere eventuali informazioni, afferenti la specifica procedura, ulteriori a quelle già acquisite in fase di ammissione**”.*

In sostanza, l’obbligo del possesso dei requisiti ex art. 80 deve essere affrontato già in fase di “adesione/iscrizione” dell’impresa al mercato elettronico.

In questo caso, il RUP è già consapevole che i soggetti a cui si rivolge (per l’ordine diretto, la trattativa o la RDO) sono già in regola fatti salvi casi in cui siano necessari requisiti specifici (in base alla commessa/riciesta della stazione appaltante). In questo caso, evidentemente, il RUP predisporrà il DGUE calibrato sulle proprie esigenze (e quindi solo per le informazioni ulteriori). Effettivamente si tratta di una semplificazione di grande rilievo pratico/operativo.

(Fine Prima parte - Continua)