

# Edilizia e Territorio

## Nuovo Codice/2. Per il Consiglio di Stato, invece, «bene la discrezionalità della Pa nella scelta di criteri e metodi»

Parere di Palazzo Spada su Oepv, Rup, progettazione - Giudizio severo nelle Linee guida Anac sul Rup: «Lacune e contrasti con la nostra giurisprudenza»

4 agosto 2016 - Laura Savelli

Palazzo Spada risponde alla richiesta di parere formulata dall'Anac in merito agli schemi di linee guida su Rup, offerta economicamente più vantaggiosa e affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria. Pur non essendo tenuta a consultare il Consiglio di Stato, l'Autorità ha in ogni caso ritenuto opportuno sottoporre al suo esame gli atti predisposti di recente «in una logica di fattiva cooperazione istituzionale», che è appunto terminata con l'emanazione del parere unitario n. 1767 del 2 agosto scorso sulle tre linee guida, da parte della Commissione speciale costituita al fine di integrare la Sezione consultiva per gli atti normativi in questo passaggio storico di riforma della disciplina dei contratti pubblici.

Nelle premesse, il Consiglio di Stato ha ribadito nuovamente che il legislatore del 2016 ha optato per un modello di attuazione delle nuove regole differente rispetto a quello del regolamento, che consiste sostanzialmente nell'adozione di **tre diverse tipologie di atti attuativi**:

- a) quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'Anac, previo parere delle competenti commissioni parlamentari;
- b) quelli adottati con delibera dell'Anac a carattere vincolante (tra cui rientrano le linee guida), in funzione di disposizioni del Codice che affidano proprio all'Autorità il compito di integrare la disciplina dei contratti pubblici;
- c) quelli adottati con delibera dell'Anac a carattere non vincolante, sulla base dell'articolo 213, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, il quale attribuisce all'Anac il compito di fornire indicazioni e istruzioni operative alle stazioni appaltanti.

A tal ultimo riguardo, i giudici della Sezione consultiva hanno precisato ancora una volta che le linee guida dell'Anac non hanno alcuna valenza normativa, ma sono atti amministrativi generali, rispetto ai quali l'Autorità ha adottato la tecnica redazionale dell'esposizione discorsiva: ragion per cui - raccomanda la Commissione speciale - ***l'Anac deve delineare in modo chiaro e preciso il precetto, soprattutto laddove sia vincolante***, fermo restando che l'adozione di tali atti deve passare attraverso una consultazione pubblica, un'attenta analisi di impatto della regolazione e una verifica ex post dell'impatto della stessa regolazione.

### OFFERTA PIU' VANTAGGIOSA

Partendo dal presupposto che tali linee guida non rivestono alcun carattere vincolante, in quanto emanate ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del Codice, il Consiglio di Stato ha condiviso l'impostazione minimale dell'atto, che si limita in realtà a fornire alle stazioni appaltanti formule e metodi, di natura tecnico-matematica, sulla valutazione delle offerte, rispettando pertanto la loro discrezionalità nella scelta della proposta migliore.

Tuttavia, considerata la rilevanza fondamentale che la disciplina dell'offerta economicamente più vantaggiosa ha oramai assunto nell'ambito della riforma, il Consiglio di Stato ritiene opportuno un intervento dell'Anac su determinati aspetti. «Il successo della riforma degli appalti - scrive il Consiglio di Stato - passa necessariamente attraverso il funzionamento della disciplina dell'OEPV, di cui il documento in esame costituisce declinazione operativa». Questi, dunque, i suggerimenti.

Innanzitutto, una delle indicazioni più importanti arriva con riferimento alle ipotesi di utilizzo del diverso criterio del minor prezzo. Aldilà della precisazione circa il fatto che l'articolo 95, comma 4, del Codice descrive come facoltà il ricorso al massimo ribasso nei casi elencati e che la scelta di tale criterio deve essere accompagnata da adeguata motivazione, l'Anac - secondo il Consiglio di Stato - dovrebbe comunque indicare alle stazioni appaltanti i parametri in base ai quali assumere le relative decisioni, specificando ad esempio per quali tipologie di contratti è preferibile adottare il metodo del prezzo più basso piuttosto che quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Dopodiché, l'attenzione dei giudici si sposta sulla facoltà di utilizzo dei criteri di premialità nella valutazione delle offerte. Dopo aver condiviso la preoccupazione sul fatto che tali criteri possano avere effetti distorsivi della concorrenza (soprattutto nel caso in cui si assegni un peso eccessivo al rating di legalità), il Consiglio di Stato

raccomanda all'Autorità di impartire istruzioni efficaci, come potrebbe essere quella dell'attribuzione di un peso massimo a tale tipologia di criteri.

Ma, preoccupazione è espressa anche con riguardo alle competizioni che avvengono a costo fisso, e quindi solo in base alla qualità dell'offerta. Troppo generica infatti - secondo i giudici di Palazzo Spada - la raccomandazione rivolta alle stazioni appaltanti di adottare una particolare cautela sia nell'esercizio di tale facoltà, sia nella determinazione del prezzo fisso: occorrerebbero, anche in tal caso, istruzioni più puntuali che chiariscano in quali ipotesi appare utile il ricorso al metodo di aggiudicazione sulla base di un prezzo fisso.

Da valutare, infine, l'opportunità di indicazioni maggiormente puntuali anche sulla ponderazione dei punteggi e, in particolar modo, sulla riparametrazione. A tal ultimo riguardo, infatti, i giudici precisano che la riparametrazione non è imposta da nessuna disposizione e, quindi, non può che attenere ad una scelta discrezionale della stazione appaltante: per questo motivo, affinché possa essere considerata legittima, deve essere espressamente prevista nel bando.

## **RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO**

Diversamente da quelle sull'offerta economicamente più vantaggiosa, le linee guida sulla nomina, sul ruolo e sui compiti del Rup - rileva il Consiglio di Stato - devono essere emanate ai sensi dell'articolo 31, comma 5, del Codice, il quale stabilisce che l'Anac deve definire, con proprio atto, una disciplina di maggior dettaglio sui compiti specifici del responsabile del procedimento, sugli ulteriori requisiti di professionalità richiesti - rispetto a quelli previsti dal Codice - in relazione alla complessità dei lavori, ed inoltre deve determinare importo massimo e tipologia di lavori, servizi e forniture, rispetto ai quali il Rup può coincidere con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto. Partendo dal fatto che il Codice non definisce la tipologia di atto da adottare, ***i giudici ritengono che, in questo caso, le linee guida elaborate dall'Anac abbiano natura vincolante***, poiché integrano la disciplina di rango primario. Ma, a tal ultimo riguardo, osservano anche che, se da un lato l'atto offre attuazione all'articolo 31, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, dall'altro lato, fornisce indicazioni interpretative della disposizione nel suo complesso: ragion per cui, possono essere considerate vincolanti solo nella parte in cui completano la disciplina del Codice. Aldilà di questa premessa, le osservazioni di dettaglio formulate dal Consiglio di Stato appaiono di certo più severe rispetto a quelle proposte sui criteri di aggiudicazione, come si desume anche dalle affermazioni iniziali che chiedono all'Anac di ***dare una maggiore organicità alla disciplina o di evitare inutili riproduzioni del testo normativo***.

Ad ogni modo, la prima criticità rilevata riguarda il perimetro del provvedimento. Rispetto infatti ai compiti assegnati all'Autorità dall'articolo 31, comma 5, ***le linee guida sembrano essere andate oltre il confine fissato da tale disposizione***, coinvolgendo ad esempio non solo la disciplina della nomina del Rup, ma anche l'estensione al responsabile del procedimento dell'articolo 35-bis del d.lgs. n. 165/2001, in base al quale coloro che hanno riportato una condanna, anche con sentenza non ancora definitiva, per reati contro la P.a. non possono far parte delle commissioni di gara.

Allo stesso modo - secondo il Consiglio di Stato - ***non è affatto condivisibile che le linee guida abbiano fissato una incompatibilità assoluta del Rup con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione***: e ciò, perché si pone in contrasto non solo con la giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato, che ha invece mantenuto un approccio interpretativo di minor rigore, escludendo contrasti automatici tra i diversi ruoli, ma anche con quanto stabilito dalle stesse linee guida, laddove affermano che la verifica dell'anomalia delle offerte deve essere svolta proprio dal Rup.

Lacune registrate poi con riferimento a diversi profili della disciplina, a cominciare dai requisiti di professionalità richiesti al Rup: manca difatti qualunque indicazione per i servizi e le forniture; mentre, rispetto ai lavori, ***non è fornita alcuna definizione dei lavori di particolare complessità***, ipotesi in presenza della quale il responsabile del procedimento deve possedere anche l'ulteriore requisito della qualifica di project manager.

Nulla si dice poi con riguardo ai suoi compiti nei casi delle procedure negoziate senza bando, al contrario di quanto precisato invece per le diverse procedure competitive con negoziazione.

Ma, in particolar modo, si registra ***grande confusione per il caso in cui il Rup assuma anche le funzioni di direttore dell'esecuzione del contratto***. Pur precisando che vi possa essere un cumulo tra i due ruoli e che la stazione appaltante sia in ogni caso libera di adottare decisioni diverse al riguardo, le linee guida indicano tuttavia i casi ed i presupposti in cui il responsabile del procedimento può coincidere con il direttore dell'esecuzione, senza lasciare dunque margine di discrezionalità alla P.a.

## **SERVIZI DI ARCHITETTURA E INGEGNERIA**

***Grandi apprezzamenti infine per le linee guida sull'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria***, soprattutto con riferimento al fatto che sono intervenute a colmare alcuni vuoti normativi venutisi a creare nel passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina, decisamente più snella, ma anche più frammentaria rispetto al passato, fermo restando che anche questo atto dell'Autorità non ha natura vincolante - secondo il Consiglio di Stato - in quanto adottato ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del Codice.

***Pochi, dunque, i suggerimenti*** rivolti da Palazzo Spada all'Anac. Un primo appunto riguarda infatti i raggruppamenti temporanei, con particolare riferimento al possesso maggioritario dei requisiti di partecipazione in capo alla mandataria. A tal proposito - precisa la Commissione speciale - la giurisprudenza di Palazzo Spada afferma che

ciascuna impresa del raggruppamento deve essere qualificata per la parte di servizio che dichiara di svolgere in sede di gara, a prescindere dai valori assoluti di qualificazione. Pertanto, l'Anac dovrebbe specificare a tal riguardo che il possesso dei requisiti di qualificazione in misura maggioritaria da parte della mandante è riferito ai requisiti necessari alla partecipazione alla gara.

Mentre, con riferimento ai criteri di valutazione delle offerte (rispetto ai quali sono riformulate le stesse osservazioni in merito alla riparametrazione), la segnalazione arriva nella parte delle linee guida in cui si chiede la previsione nel bando di una soglia di sbarramento al punteggio tecnico che, laddove non superata, non consentirà al concorrente di accedere alla fase di valutazione dell'offerta economica: una previsione che - a giudizio del Consiglio di Stato - non può essere contenuta all'interno di linee guida non vincolanti, in quanto introduce un obbligo non previsto normativamente.

© RIPRODUZIONE RISERVATA