upel UNIONE PROVINCIALE ENTI LOCALI VARESE

Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa
Consiglio di St
Tribunali Ammi

Torna alla pagina precedente

Numero 01767/2016 e data 02/08/2016

REPUBBLICA ITALIANA

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 6 luglio 2016

NUMERO AFFARE 01273/2016

OGGETTO:

Autorita' nazionale anticorruzione.

Linee guida relative a

Responsabile Unico del Procedimento - Offerta Economicamente Più Vantaggiosa - Servizi attinenti all'Architettura e all'Ingegneria;

LA COMMISSIONE SPECIALE

Vista la nota di trasmissione della relazione prot. n. 0100280 in data 24 giugno 2016 con la quale l'Autorita' Nazionale Anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Visto il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 90 del 30 giugno 2016, che ha istituito la Commissione Speciale per la trattazione dell'affare in questione;

Considerato che nell'adunanza del 6 luglio 2016, presenti anche i Presidenti aggiunti Luigi Carbone, Marco Lipari, Francesco Caringella, la Commissione ha esaminato gli atti e udito i relatori Carlo Deodato, Claudio Contessa, Fabio Franconiero, Vincenzo Lopilato;

PREMESSO E CONSIDERATO

A. Considerazioni generali

1. La rilevanza e la novità della richiesta di parere in oggetto

L'Autorità nazionale anticorruzione, con nota del 24 giugno 2016, prot. n. 0100280, ha chiesto al Consiglio di Stato di esercitare le proprie funzioni consultive in relazione alle seguenti linee guida elaborate dalla stessa Autorità in attuazione di quanto disposto dal decreto legislativo 18 aprile 2015, n. 50:

a) «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni», predisposte ai sensi dell'art. 31, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016;

b) «linee guida in materia di offerta economicamente più vantaggiosa»,

predisposte ai sensi dell'art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016;

c) «Affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria», predisposte ai sensi dell'art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 20 del 2016.

L'Autorità, con successiva nota del 5 luglio 2016, prot. n. 0103869, ha trasmesso le relazioni illustrative.

Le predette richieste assumono particolare rilievo, in quanto l'Autorità nazionale anticorruzione, pur non venendo in evidenza un atto per il quale è obbligatorio il parere del Consiglio di Stato, ha ritenuto opportuno, in una logica di fattiva cooperazione istituzionale, sottoporre al Consiglio gli schemi delle richiamate linee guida.

1.1. Ad avviso del Collegio, tale situazione è la conferma di un'evoluzione sostanziale delle funzioni consultive del Consiglio di Stato di cui all'art. 100 della Costituzione, poiché si fa ricorso alla "*consulenza giuridico-amministrativa*" dell'Istituto anche per atti non tipici e *sui generis*, che (come si dirà) non costituiscono un atto normativo in senso proprio, ma neppure possono configurarsi come una richiesta di parere su uno specifico quesito.

Questa scelta inquadra le funzioni consultive in una visione sistemica e al passo coi tempi, confermando il ruolo del Consiglio di Stato come un *advisory board* delle Istituzioni del Paese anche in un ordinamento profondamente innovato e pluralizzato, a quasi settant'anni dalla Costituzione.

Non a caso, nella fattispecie la richiesta di *advise* muove proprio dall'iniziativa di un'Autorità indipendente, figura fondamentale nell'ordinamento attuale ma non prevista dalla Costituzione, e si muove in piena coerenza con la giurisprudenza costante di questo Consiglio di Stato che ammette la richiesta di parere da parte di Parlamento, Regioni, *Authorities*, etc. come esponenti dello Stato-comunità: il ricorso alle funzioni consultive, difatti, non può essere riservato soltanto ai componenti dello Stato-apparato.

Inoltre, le funzioni consultive non si rivolgono più solo a singoli 'atti', ma si pronunciano e sostengono i 'processi' di riforma, accompagnandoli in tutte le loro fasi e indipendentemente dalla natura degli atti di attuazione, fornendo sostegno consultivo ai soggetti responsabili dell'attività di implementazione (nel caso di specie, l'ANAC).

Anche per queste ragioni generali, in occasione della prima richiesta dell'ANAC, che apre la via a una collaborazione istituzionale sistematica e organica visto che già altri provvedimenti sono *in itinere*, si è scelto di fornire un parere unitario sulle tre linee guida in oggetto, ancorché di natura diversa.

1.2. Già in occasione del parere sul primo dei decreti attuativi della l. n. 124 – il n. 515 del 24 febbraio 2016, reso sul c.d. decreto trasparenza – questo Consiglio ha insistito sulla necessità di 'guardare oltre l'atto normativo', poiché il buon esito di una riforma amministrativa è strettamente condizionato dalla relativa fase attuativa, che, nella specie, rappresenta un necessario elemento di completamento.

Il ricorso alle funzioni consultive anche in relazione a detta fase è in grado di ridurre gli oneri di comprensione, interpretazione, pratica applicazione, da parte di tutti i destinatari, con particolare riferimento ai cittadini e alle imprese, perseguendo in tal modo il meritorio risultato di prevenire il contenzioso.

A tale scopo soccorre anche la complementarietà, stabilita dalla Costituzione, delle funzioni consultive con quelle giurisdizionali, poste entrambe in

capo a questo Istituto, assegnandogli la funzione di realizzare la giustizia nell'amministrazione in un quadro complessivo omogeneo disegnato dagli articoli 100, 103 e 113.

Le problematiche affrontate chiamano direttamente in causa, come si esporrà oltre, anche la giurisdizione, e in particolare la giurisdizione amministrativa, che è chiamata in ultima istanza a risolvere le controversie relative alle singole procedure di gara.

Ciò spiega la scelta del Presidente del Consiglio di Stato, confermata anche in questa occasione, di costituire una Commissione speciale per integrare la Sezione consultiva per gli atti normativi con altri magistrati in servizio presso l'Istituto, assicurando al contempo una visione unitaria di tutti i provvedimenti attuativi della riforma e la specializzazione dei magistrati coinvolti.

2. Le differenti tipologie di atti attuativi del codice

Il Legislatore del 2006 aveva optato per un modello unitario di attuazione delle regole da esso poste, mediante l'adozione di un generale regolamento governativo (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207).

Il Legislatore della riforma ha optato per un sistema diversificato e più flessibile basato

essenzialmente su tre differenti tipologie di atti attuativi:

a) quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'Autorità nazionale anticorruzione (d'ora innanzi solo ANAC o Autorità), previo parere delle competenti commissioni parlamentari;

b) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes*, e in particolare le linee guida;

c) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante.

Il d.P.R. n. 207 del 2010 continuerà a trovare applicazione fino all'entrata in vigore di queste nuove modalità esecutive (art. 216).

La Commissione esaminerà, in sintesi, in questa parte generale e alla luce di quanto già affermato dal Consiglio di Stato con il parere 1° aprile 2016, n. 855 reso sul nuovo Codice, le implicazioni sul piano *costituzionale*, *amministrativo-procedimentale* e *giurisdizionale*.

Gli aspetti evidenziati influenzano, nel modo che si esporrà, anche il contenuto dei pareri che questo Consiglio è chiamato a rendere sulla fase esecutiva.

3. I decreti ministeriali

I decreti ministeriali devono qualificarsi quali atti sostanzialmente normativi, dotati dei caratteri della generalità, astrattezza e innovatività, soggetti allo statuto proprio dei regolamenti ministeriali.

3.1. L'art. 117, sesto comma, Cost., ammette l'adozione di regolamenti statali soltanto in materie di competenza legislativa esclusiva statale. Nelle materie di potestà legislativa concorrente o residuale regionale, la normativa di attuazione spetta alle Regioni. Nella fase di adozione di tale tipologia di atti attuativi è necessario qualificare il precetto primario per evitare non consentite incidenze in ambiti materiali di competenza regionale.

3.2. Gli atti in esame devono osservare le regole sostanziali poste dal d.lgs. n. 50 del 2016 e le regole procedimentali prefigurate dall'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con obbligo, tra l'altro, di: comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri prima della loro emanazione; adozione previo parere del Consiglio di Stato; visto e registrazione della Corte dei conti; pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Le amministrazioni e gli enti aggiudicatori sono obbligati a osservare il precetto normativo, senza che alle stesse sia attribuito il potere di disattenderne il contenuto. La

violazione dei decreti comporta l'illegittimità del provvedimento attuativo.

3.3. I decreti, essendo privi di immediata lesività per la loro natura sostanzialmente normativa, potranno essere impugnati, normalmente, unitamente al provvedimento della stazione appaltante che ad essi dà attuazione. Non può, però, escludersi che particolari enti, portatori di interessi diffusi, possano essere legittimati ad una impugnazione immediata senza che sia necessario attendere il provvedimento di svolgimento attuativo (in questo senso Cons. Stato, Commissione speciale, 26 giugno 2013, n. 3014, che si è espresso in ordine alle modalità di impugnazione del d.P.R. n. 207 del 2010).

4. Le linee guida vincolanti dell'ANAC

Le linee guida vincolanti adottate dall'ANAC, come questo Consiglio ha già avuto modo di chiarire con il parere sopra citato, non hanno valenza normativa ma sono atti amministrativi generali appartenenti al *genus* degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare.

Gli atti di regolazione delle Autorità indipendenti si caratterizzano per il fatto che il principio di legalità assume una valenza diversa rispetto ai normali provvedimenti

amministrativi. La legge, infatti, in ragione dell'elevato tecnicismo dell'ambito di intervento, si limita a definire lo scopo da perseguire lasciando un ampio potere (implicito) alle Autorità di sviluppare le modalità di esercizio del potere stesso. Nella fattispecie in esame, la legge, invece, ha definito in modo più preciso le condizioni e i presupposti per l'esercizio del potere, lasciando all'Autorità un compito di sviluppo e integrazione del precetto primario nelle parti che afferiscono a un livello di puntualità e dettaglio non compatibile con la caratterizzazione propria degli atti legislativi.

4.1. L'esercizio del potere in esame non rientra nel modello di amministrazione pubblica contemplato dalla Costituzione e fondato sulla "concezione governativa", che attribuisce agli organi politici le funzioni di indirizzo politico-amministrativo e agli organi dirigenziali le funzioni gestionali di attuazione. La Costituzione, pur prevedendo questo modello, non esclude quello fondato sulle Autorità indipendenti, che agiscono con poteri neutrali di attuazione della legge e non anche degli atti generali di indirizzo politico.

La natura non regolamentare delle linee guida adottate direttamente dall'ANAC

consente, inoltre, che la fase di attuazione delle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici che rinviano a esse non incontri i limiti che il sesto comma dell'art. 117 Cost. pone all'esercizio del potere regolamentare statale.

4.2. L'ANAC, sul piano delle modalità di adozione, ha optato per una "esposizione discorsiva" del contenuto attuativo delle linee guida.

Questa Commissione speciale, pur condividendo tale impostazione, che risulta coerente con la natura non normativa degli atti in esame, segnala in via generale (e salve le osservazioni specifiche che seguiranno) la necessità che:

- laddove si tratti di linee guida vincolanti, l'Autorità delinei in modo chiaro e preciso il "precetto" vincolante da osservare da parte dei destinatari, pubblici e privati, dello stesso;

- l'indicazione "discorsiva" sia in ogni caso chiara e univoca (e tale indicazione vale anche in caso delle linee guida non vincolanti di cui al successivo punto 5).

4.3. L'esistenza di quello che è stato definito un "*gap* democratico" nell'adozione di tali atti, riscontrabile in tutti i provvedimenti adottati dalle Autorità indipendenti, impone, inoltre, sul piano procedimentale, forme di

"compensazione" assicurate da una serie di strumenti di *better regulation*, approfonditamente trattati nel citato parere n. 855 del 2016.

In primo luogo, è necessaria una sistematica "consultazione", «che costituisce ormai una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al *decision making process* dei soggetti interessati e che ha anche l'ulteriore funzione di fornire ulteriori elementi istruttori/motivazionali rilevanti per la definizione finale dell'intervento regolatorio». Nella fattispecie in esame, l'Autorità ha rispettato questa modalità procedimentale di adozione delle linee guida, che sono state precedute da molteplici osservazioni fatte pervenire dai soggetti interessati con espressa indicazione dei motivi per i quali taluni rilievi non sono stati recepiti.

In secondo luogo, sempre in coerenza con la natura e le finalità dei provvedimenti in esame, è necessaria una attenta analisi di impatto della regolazione (AIR). Nei casi in oggetto, la Commissione rileva che – pur se una scheda AIR è formalmente presente – nella sostanza tale analisi non è stata eseguita nel rispetto degli *standard* che definiscono le modalità del suo svolgimento, risultando soltanto riportata nel documento AIR una

valutazione in ordine alle osservazioni fatte pervenire dagli interessati.

Al contrario, l'analisi di impatto deve indicare, con elementi quantitativi e non solo qualitativi – ricavati se del caso anche dal processo di consultazione – i veri cambiamenti attesi dall'intervento in esame; la modifica in positivo della attuale realtà dei contratti pubblici. Tutto ciò non si rileva negli atti in esame, per cui si invita l'autorità, in futuro, ad attuare pienamente tale essenziale strumento di qualità della regolazione (art.14 l. n. 246 del 2005 e d.P.C.M. 11 settembre 2008, n.170).

In terzo luogo, il Consiglio di Stato pone in rilievo la necessità che alla fase di adozione delle linee guida segua poi una attenta verifica *ex post* dell'impatto della regolazione (VIR), ai fini di un eventuale adattamento del contenuto delle linee guida alle esigenze emerse nella fase di concreta ed effettiva applicazione.

Anche su tale profilo, si invita l'ANAC a compiere uno sforzo per una effettiva attuazione di tale strumento, anch'esso necessario a compensare il cd. "gap democratico" e a integrare il principio di legittimità procedimentale.

In quarto e ultimo luogo, si raccomanda l'ANAC di evitare, nel medio-lungo periodo,

la proliferazione di linee guida, con fenomeni di *regulatory inflation* che possono essere evitati raccogliendo in modo sistematico le indicazioni modificative, integrative o correttive che (necessariamente) seguiranno nel periodo successivo a questa fase di prima applicazione del codice.

4.4. La natura vincolante delle linee guida non lascia poteri valutativi nella fase di attuazione alle amministrazioni e agli enti aggiudicatori, che sono obbligati a darvi concreta attuazione. È bene puntualizzare che la "vincolatività" dei provvedimenti in esame non esaurisce sempre la "discrezionalità" esecutiva delle amministrazioni. Occorre, infatti, valutare di volta in volta la natura del precetto per stabilire se esso sia compatibile con un ulteriore svolgimento da parte delle singole stazioni appaltanti di proprie attività valutative e decisionali. La particolare natura delle linee guida in esame comporta che, in mancanza di un intervento caducatorio (da parte della stessa Autorità, in via di autotutela, o in sede giurisdizionale), le stesse devono essere osservate, a pena di illegittimità degli atti consequenziali.

4.5. Il controllo svolto in questa sede deve essere calibrato alla luce di quanto sin qui

esposto.

In particolare, i rilievi che verranno svolti riguarderanno essenzialmente il rispetto, da parte delle prescrizioni dell'Autorità, del parametro legislativo, ovvero l'occupazione di spazi di regolazione non autorizzati dalla fonte primaria.

Alla verifica della "legalità" si può affiancare quella sulla "ragionevolezza", da svolgere in attuazione dei principi generali che regolano l'azione amministrativa.

Tale tipologia di verifiche in sede consultiva, è bene puntualizzare, non può significare attribuzione di una sorta di "cappello protettivo di legittimità" in una eventuale fase di contenzioso giudiziale. Un sindacato pieno presuppone che la regolazione della vicenda amministrativa si completi mediante l'adozione dei singoli atti della procedura di gara. Il giudizio di validità degli atti non può prescindere, infatti, da una verifica in concreto della tenuta delle linee guida nel momento della loro concreta attuazione da parte delle stazioni appaltanti. Del resto, lo stesso sindacato di ragionevolezza è un sindacato che si fonda sul "caso concreto".

5. Le linee guida non vincolanti dell'ANAC

Le linee guida non vincolanti sono anch'esse atti amministrativi generali, con

consequenziale applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo. Esse perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti.

Il principio di legalità si atteggia, in questo caso, in modo ancora differente, in quanto il d.lgs. n. 50 del 2016 si è limitato ad autorizzare, con previsione generale, l'esercizio di tale potere dell'Autorità, al fine di garantire «la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche» (art. 213).

La diversità ontologica rispetto alle linee guida vincolanti segna anche la diversità di disciplina.

5.1. Le implicazioni di natura costituzionale, in ragione della natura non normativa degli atti in questione, non cambia quanto già esposto in relazione al rispetto del sesto comma dell'art. 117 Cost.

5.2. Le modalità di adozione osservate dall'ANAC seguono anch'esse la forma espositiva. La natura non vincolante delle linee guida giustifica, in questo caso, un minore rigore nell'enucleazione dell'indirizzo impartito all'amministrazione.

L'Autorità ha opportunamente anche in questo caso optato per una modalità di adozione preceduta dalla consultazione dei soggetti interessati. Per quanto la natura flessibile della regolazione avrebbe potuto giustificare un'adozione unilaterale, il confronto dialettico con alcuni dei possibili destinatari degli atti di indirizzo deve essere considerato con favore, migliorando la qualità della regolazione stessa e l'efficienza ed efficacia dello stesso svolgimento dei compiti demandati all'ANAC.

5.3. In relazione al comportamento da osservare da parte delle stazioni appaltanti, questa Commissione speciale rileva che, se esse intendono discostarsi da quanto disposto dall'Autorità, devono adottare un atto che contenga una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa. Ferma la imprescindibile valutazione del caso concreto, l'amministrazione potrà non osservare le linee guida – anche se esse dovessero apparire "prescrittive", magari perché riproducono una disposizione del precedente regolamento attuativo – se, come in molti casi previsto da queste ultime, la peculiarità della fattispecie concreta giustifica una deviazione dall'indirizzo

fornito dall'ANAC ovvero se sempre la vicenda puntuale evidenzi eventuali illegittimità delle linee guida nella fase attuativa.

Al di fuori di questa ipotesi, la violazione delle linee guida può essere considerata come elemento sintomatico dell'eccesso di potere, sulla falsariga dell'elaborazione giurisprudenziale che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari.

5.4. La diversa natura delle linee guida in esame comporta anche una parziale diversità dei rilievi che questa Commissione è chiamata ad esprimere sugli schemi di atti.

Il controllo di legalità verrà svolto, mancando un puntale parametro legislativo di riferimento, alla luce delle norme generali di disciplina dell'attività amministrativa. Maggiore spazio avrà il controllo di ragionevolezza e anche la valutazione in ordine all'opportunità di talune scelte di regolazione, ovvero di estendere l'ambito delle direttive per offrire agli operatori del settore un quadro completo di indirizzi in grado di evitare distorsioni della concorrenza.

B. Analisi dei singoli schemi di linee guida

1. Un unico parere su tre diverse linee guida

Svolta questa premessa generale, di seguito si riportano i rilievi formulati da questa Commissione speciale in relazione agli schemi di linee guida che l'Autorità ha sottoposto all'esame della Commissione stessa.

Come si è detto, per ragioni sistematiche e derivanti dalle modalità della richiesta del parere, si è deciso, pur venendo in rilievo atti di contenuto diverso, di rendere un unico avviso.

2. Le linee guida sull'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV)

Le linee guida sull'offerta economicamente più vantaggiosa (di seguito OEPV) sono emanate ai sensi dell'art.213, comma 2, e, cioè, nell'ambito di una competenza generale dell'ANAC e vanno qualificate, con tutte le implicazioni precisate nella parte introduttiva del presente parere, come linee guida non vincolanti.

Si tratta, a ben vedere, di istruzioni operative indirizzate alle stazioni appaltanti e finalizzate, perlopiù, ad offrire alle amministrazioni aggiudicatrici formule e metodi, di natura tecnico-matematica, sulla valutazione delle offerte e sull'assegnazione alle stesse di un punteggio numerico.

L'ANAC ha preferito, al riguardo, un'impostazione minimale, astenendosi

dall'indirizzare alle stazioni appaltanti raccomandazioni operative puntuali e limitandosi a chiarire alcuni aspetti applicativi dell'art. 95 del Codice.

Tale struttura del documento se, per un verso, risulta condivisibile ed apprezzabile, nella misura in cui rispetta la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella scelta dei criteri e dei metodi di analisi delle offerte più coerenti con le specifiche esigenze dell'appalto in questione, sconta, per un altro, un *deficit* di utilità.

Occorre, al riguardo, osservare che il documento in esame assume una valenza del tutto pregnante e strategica nella fase dell'*enforcement* della riforma degli appalti, attenendo ad uno dei suoi aspetti qualificanti: la valorizzazione del metodo di aggiudicazione dell'OEPV (come modalità ordinaria e generale di aggiudicazione degli appalti), cui corrisponde un dichiarato *sfavor* per quello del prezzo più basso (*rectius*: al criterio c.d. 'del prezzo o del costo' di cui all'articolo 67 della Direttiva 2014/24/UE).

Ne consegue che il successo della riforma degli appalti passa necessariamente attraverso il funzionamento della disciplina dell'OEPV, di cui il documento in esame costituisce declinazione operativa.

E allora, se appare senz'altro apprezzabile l'impostazione di offrire alle amministrazioni un ventaglio di metodologie valutative e un *menu* di strumenti di analisi delle offerte, con l'espressa responsabilizzazione delle stazioni appaltanti nella selezione di quelli più appropriati e coerenti con le specifiche esigenze della procedura amministrata, non può che rilevarsi che, per alcuni aspetti (di seguito segnalati), sarebbe opportuno (se non necessario) che l'ANAC guidasse, mediante raccomandazioni che resterebbero comunque non vincolanti, l'esercizio della discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Tale esigenza, che si rivela del tutto coerente con la *mission* istituzionale assegnata all'ANAC, appare vieppiù urgente per quegli aspetti della disciplina maggiormente esposti al rischio di distorsioni della concorrenza o di alterazione della *par condicio* tra gli operatori economici e che necessitano, quindi, di istruzioni finalizzate a scongiurare quei pericoli.

Non si ritiene, invece, di esprimere alcuna osservazione in merito alle formule matematiche suggerite alle stazioni appaltanti per la misurazione delle offerte, trattandosi di raccomandazioni e indicazioni che esulano dai confini della "consulenza"

giuridico-amministrativa riservata dall'ordinamento al Consiglio di Stato.

2.1. Così chiariti l'ambito e i limiti del presente parere, occorre procedere a una sintetica disamina dell'atto.

2.2. Nella premessa viene sintetizzata la finalità del documento, con la opportuna precisazione che lo scopo è quello di offrire alle stazioni appaltanti indicazioni operative "di natura prevalentemente tecnico-matematica" per il calcolo dell'OEPV.
Si osserva che l'ultimo periodo della premessa, con cui si ribadisce, in maniera pleonastica, l'obbligo delle stazioni appaltanti di recepire nel contratto le condizioni proposte dall'aggiudicatario e di vigilare sul loro rispetto, andrebbe espunto in quanto attinente alla formazione del contratto e alla verifica dell'adempimento dell'appaltatore e, quindi, del tutto inconferente con l'oggetto delle presenti linee guida.

2.3. Il paragrafo intitolato "Quadro normativo" si risolve in un'illustrazione della portata precettiva dell'art. 95 e nell'esegesi del suo, peraltro piuttosto chiaro, perimetro di applicazione.
Viene, in particolare, chiarito che, per gli appalti elencati al comma 4, il criterio del

minor prezzo (criterio del prezzo o del costo) resta facoltativo, e non obbligatorio, e che le stazioni appaltanti che intendono esercitare la relativa scelta devono darne adeguata motivazione, come prescritto dal comma 5.

Si segnala, al riguardo, l'opportunità che l'ANAC suggerisca alle stazioni appaltanti i parametri sulla cui base assumere la pertinente decisione, guidando in tal modo il corretto esercizio della discrezionalità.

Si tratta, in altri termini, di offrire alle stazioni appaltanti, nel rispetto, ovviamente, della discrezionalità loro riconosciuta dalla legge, i criteri alla cui stregua assumere la scelta sul metodo di aggiudicazione da adottare, precisando, seppur in astratto e con formule non vincolanti, per quali tipologie di contratti, tenuto conto dell'oggetto, dell'importo e dei contenuti, è preferibile il metodo del prezzo più basso (criterio del prezzo o del costo) e per quali, invece, quello dell'OEPV.

L'ultimo periodo del paragrafo, con cui si raccomanda alle stazioni appaltanti di segnalare all'Autorità *Antitrust* e all'autorità giudiziaria (rispettivamente) condotte anticoncorrenziali e comportamenti delittuosi, appare estraneo all'oggetto delle

linee guida sull'OEPV e andrebbe, quindi, espunto dal documento.

2.4. In merito al paragrafo intitolato "I criteri di valutazione" si formulano i seguenti rilievi.

Si condivide l'osservazione circa il superamento della rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione, ma occorre segnalare che, nell'ipotesi in cui i profili soggettivi dell'impresa vengono già considerati quali titoli di partecipazione, la valutazione dell'offerta (relativamente a quegli aspetti) può legittimamente appuntarsi solo sulla parte eccedente la soglia richiesta per la partecipazione alla gara (al fine di scongiurare il rischio di apprezzare il medesimo profilo organizzativo sia come titolo di accesso alla gara sia come elemento di qualità dell'offerta tecnica).

In merito alla facoltà di utilizzo dei criteri di premialità, espressamente riconosciuta dall'art. 95, comma 13 del nuovo 'Codice', si condivide la preoccupazione circa il rischio che un'amministrazione poco accorta e proporzionata di tale opzione possa generare effetti distorsivi della concorrenza o, addirittura, discriminatori, come può accadere, ad esempio, se si assegna un peso eccessivo e sproporzionato al *rating* di

legalità (al quale imprese, pur sane e trasparenti, non possono accedere per ragioni oggettive).

Appare, al riguardo, insufficiente, al fine di scongiurare il pericolo appena segnalato, la raccomandazione relativa all'introduzione nei bandi di criteri compensativi e si segnala la necessità di impartire istruzioni più stringenti ed efficaci, quale, ad esempio, il suggerimento dell'attribuzione di un peso massimo a tale tipologia di criteri.

Si rivela, invece, del tutto opportuna ed esaustiva l'indicazione dei criteri sulla cui base calcolare l'elemento economico dell'offerta come costo del ciclo di vita.

Quanto, da ultimo, alla possibilità, riconosciuta dall'art. 95, comma 7, di stabilire un prezzo o un costo fissi, con la conseguenza che la competizione avviene solo sulla base della qualità dell'offerta, l'ANAC, dopo aver correttamente rilevato che le stazioni appaltanti conservano la facoltà di adottare tale *modus procedendi* anche in fattispecie diverse da quelle richiamate al comma 2, si limita a raccomandare alle stazioni appaltanti una particolare cautela, sia nell'esercizio di tale facoltà sia nella determinazione del prezzo fisso, ma si astiene da ogni altra più puntuale istruzione.

Sembra, invece, necessario che, tenuto conto della peculiarità di una competizione solo sulla qualità, siano indirizzate alle stazioni appaltanti raccomandazioni più stringenti, che chiariscano in quali ipotesi, oltre a quelle previste dal comma 2, appare utile e consigliabile il ricorso al metodo di aggiudicazione sulla base di un prezzo fisso.

2.5. Quanto al paragrafo intitolato "La ponderazione", si condivide la raccomandazione, per quanto generica, di rispettare i canoni della proporzionalità, della ragionevolezza e della trasparenza nell'attribuzione dei pesi ai diversi criteri, di guisa da evitare valutazioni incoerenti con l'oggetto principale dell'appalto e con le reali esigenze dell'amministrazione.

Valuti, al riguardo, l'ANAC se non siano, anche qui, opportune raccomandazioni più puntuali in ordine ad una suddivisione proporzionata dei punteggi riservati a ogni componente dell'offerta, indicando, a titolo esemplificativo, l'articolazione, di massima, più equilibrata dei diversi elementi di valutazione, ferma restando, in ogni caso, la discrezionalità delle stazioni appaltanti di una diversa, e ragionata, distribuzione dei pesi.

Quanto alla riparametrazione, da valersi quale criterio razionale che serve ad

assicurare un corretto equilibrio tra tutte le componenti dell'offerta (in modo che per ogni criterio almeno un'offerta ottenga il punteggio massimo), si segnala una discrasia tra la parte in cui si configura la riparametrazione come doverosa, nei casi in cui sono previsti sub-criteri e nessuna offerta consegua il massimo punteggio previsto per ciascun criterio, e quella, conclusiva, in cui si precisa che il predetto metodo resta discrezionale e dev'essere previsto espressamente nei documenti di gara.

Va chiarito, al riguardo, in coerenza con la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, III, 25 febbraio 2016, n. 749), che, poiché nessuna disposizione primaria la impone, la riparametrazione attiene a una scelta discrezionale della stazionale appaltante e, per essere legittimamente adottata, come criterio di computo del punteggio, dev'essere espressamente e chiaramente prevista nel bando.

2.6. Nei residui paragrafi vengono suggerite alle stazioni appaltanti le metodologie matematiche maggiormente utilizzate ai fini della valutazione, in termini numerici, degli aspetti quantitativi e qualitativi dell'offerta e

le formule di attribuzione del punteggio complessivo finale.

Si suggerisce, al riguardo, al fine di assicurare la più ampia trasparenza nella comprensione e nell'applicazione delle metodologie suggerite, di accompagnare, per quanto possibile, le relative formule con istruzioni esplicative che permettano una più agevole conoscenza dei criteri di misurazione e di valutazione delle offerte e un più efficace controllo della loro corretta applicazione.

3. Le linee guida sulla nomina, sul ruolo e sui compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni (RUP)

Le linee guida sulla nomina, sul ruolo e sui compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni (RUP) sono emanate ai sensi dell'art. 31, comma 5 del nuovo 'Codice'.

Ai sensi della disposizione appena richiamata l'ANAC, con proprio atto, definisce una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal Codice, in relazione alla complessità dei lavori, e determini l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere

con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto.

Sebbene l'art. 31, comma 5, codice, non specifichi a quale tipologia di linee guida sia da ascrivere tale intervento dell'ANAC, è da ritenere che si tratti di linee guida di natura vincolante.

Si tratta, infatti, di disposizioni integrative della fonte primaria, in materia di *status* (requisiti di professionalità) e di competenze di un organo amministrativo.

Le linee guida elaborate dall'ANAC e sottoposte al parere del Consiglio di Stato hanno un duplice contenuto: da un lato attuano l'art. 31, comma 5, dall'altro lato sembrano voler fornire indicazioni interpretative delle disposizioni dell'art. 31 codice nel suo complesso.

Mentre nella parte in cui attuano l'art. 31, comma 5, del codice, hanno portata vincolante, nella parte in cui forniscono una esegesi dell'art. 31 nel suo complesso, sono adottate ai sensi dell'art. 213, comma 2, codice, e hanno una funzione di orientamento e *moral suasion.*

All'ANAC è sempre consentito emanare indicazioni interpretative, utili soprattutto nell'immediatezza dell'entrata in vigore della nuova disciplina, al fine di prevenire incertezze esegetiche e contenziosi, e

indicare alle stazioni appaltanti le migliori prassi.

Ciò posto, per ragioni di certezza e chiarezza in ordine a portata e contenuti, è bene distinguere le linee guida in due parti, distinte già in base al relativo titolo ed esplicitare in modo chiaro (per evidenti ragioni di certezza per gli operatori) che soltanto la seconda di esse assume portata vincolante):

I) *Indicazioni di carattere generale in materia di RUP ai sensi dell'art. 213, comma 2, codice dei contratti pubblici*;

II) *Compiti specifici del RUP, requisiti di professionalità, casi di coincidenza del RUP con il progettista o il direttore dei lavori o dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 31, comma 5 codice dei contratti pubblici.*

Nella parte I vanno inclusi gli attuali paragrafi I (ambito di applicazione) e II (profili generali), mentre nella parte II vanno inclusi gli attuali paragrafi III, IV, V, VI.

3.1. Al fine di una più agevole individuazione degli argomenti e citazione dei paragrafi e sottoparagrafi in cui sono contenuti, sarebbe preferibile utilizzare una unica numerazione progressiva come segue:

"Parte I – Indicazioni di carattere generale

1) ambito di applicazione

2) nomina del responsabile del procedimento

2.1.

2.2.

2.3.

2.4.

3) Compiti del RUP in generale

Parte II - Compiti specifici del RUP, requisiti di professionalità, casi di coincidenza del RUP con il progettista o il direttore dei lavori o dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 31, comma 5 codice

4) Requisiti di professionalità del RUP per appalti e concessioni di lavori

4.1.

4.2.

4.3.

5) Compiti del RUP per i lavori, nelle fasi di programmazione, progettazione e affidamento

5.1) Indicazioni generali

5.1.1.

5.1.2.

5.1.3.

5.2) Verifica della documentazione amministrativa da parte del RUP

5.3) Valutazione delle offerte anormalmente basse

6) Compiti del RUP per i lavori nella fase di esecuzione

7) Requisiti di professionalità del RUP per appalti di servizi e forniture e concessioni di servizi
7.1.
7.2.
7.3.

8) Compiti del RUP per appalti di servizi e forniture e concessioni di servizi
8.1.
8.2.

9) Importo massimo e tipologia di lavori per i quali il rup può coincidere con il progettista o il direttore dei lavori

10) Importo massimo e tipologia di servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto

11) Responsabile del procedimento negli acquisiti centralizzati e aggregati

3.2. In dettaglio, si osserva quanto segue.

Pag. 3, par. 1.1.
Per quanto riguarda il terzo periodo del par. 1.1. si osserva che l'art. 31, comma 5, del nuovo 'Codice' demanda allo strumento delle linee-guida (vincolanti) ivi contemplate

tre compiti specifici, e precisamente: *i*) la definizione di una disciplina di maggior dettaglio sui compiti specifici del RUP; *ii*) la definizione di una disciplina di maggior dettaglio sugli ulteriori requisiti di professionalità richiesti al RUP; *iii*) la determinazione dell'importo massimo e delle tipologie di lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il DEC.

Si tratta di un *numerus clausus* di ambiti disciplinari evidentemente inestensibile in via interpretativa o applicativa.

Tanto premesso, sembra esulare dai limiti individuati dalla disposizione in parola la fissazione del contenuto indefettibile del provvedimento di nomina (ivi compresa la necessaria indicazione *dei poteri di delega conferiti e delle risorse messe a disposizione per lo svolgimento delle funzioni*).

Tali indicazioni esulano di certo dal contenuto delle linee guida vincolanti per come delineato dal richiamato articolo 31, comma 5.

Inoltre, stante la forte prescrittività che le caratterizza (al punto da prefigurare possibili forme di invalidità del provvedimento in caso di mancata ottemperanza al relativo contenuto), non sembra che dette indicazioni siano riconducibili al possibile

ambito applicativo dell'articolo 213, comma 2 del 'Codice'.

Per quanto riguarda il terzo e il quarto periodo, occorre evitare la mera riproduzione testuale di disposizioni già contenute nel codice. Pertanto, a pag. 3 delle linee guida, nel par. II (profili generali) subparagrafo 1.1., va espunto tutto l'ultimo periodo ("*Il RUP deve essere nominato (...) .stazioni appaltanti.*"), che è meramente riproduttivo dell'art. 1, comma 1, terzo e quarto periodo, del codice.

Pag. 3, par. 1.2., secondo periodo

Per le ragioni già esposte in relazione al contenuto del paragrafo 1.2., si osserva che anche il secondo periodo del paragrafo 1.2. sembra esulare sia dal contenuto possibile di linee-guida vincolanti, sia dal contenuto possibile di linee-guida non vincolanti di cui all'articolo 213, comma 2 del nuovo 'Codice'.

In particolare, il paragrafo 1.2, secondo periodo estende anche al RUP le preclusioni di cui all'articolo 35-*bis* del decreto legislativo n. 165 del 2001 (rubricato '*Prevenzione del fenomeno della corruzione nella formazione di commissioni e nelle assegnazioni agli uffici*').

Si osserva al riguardo che, al di là della condivisibilità nel merito di una siffatta

estensione (che potrebbe essere oggetto di un auspicabile intervento correttivo da parte del Legislatore), non sembra ammessa l'estensione attraverso lo strumento delle linee-guida vincolanti della portata applicativa di disposizioni limitative di *status* soggettivi quale il richiamato articolo 35-*bis*.

Pag. 3, par. 1.2., terzo periodo

Il terzo periodo del paragrafo 1.1. stabilisce, fra l'altro, che "*il ruolo di RUP è incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice)*".

Si osserva al riguardo che la disposizione che in tal modo viene interpretata (e in maniera estremamente restrittiva) è in larga parte coincidente con l'articolo 84, comma 4 del previgente 'Codice' in relazione al quale la giurisprudenza di questo Consiglio aveva tenuto un approccio interpretativo di minor rigore, escludendo forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, quali quelle che le linee-guida in esame intendono reintrodurre (sul punto *ex multis*: Cons. Stato, V, n. 1565/2015).

Pertanto, non sembra condivisibile che le linee-guida costituiscano lo strumento per revocare in dubbio (e in via amministrativa) le acquisizioni giurisprudenziali.

Pag. 4, par. 1.

Il paragrafo in questione individua in generale i requisiti di professionalità richiesti al RUP.

Si osserva, tuttavia, che l'intero paragrafo è dedicato in modo pressoché esclusivo alla figura del RUP negli appalti e concessioni di lavori, mentre manca di fatto qualunque indicazione in ordine ai requisiti di professionalità del RUP nei servizi e nelle forniture (si pensi, solo a titolo di esempio, ai servizi informatici per i quali è solitamente richiesta una professionalità altamente specialistica).

Appare opportuno che il documento sia sul punto congruamente integrato.

Pag. 4, 5, par. 1.2.

Il paragrafo in questione individua in concreto i requisiti di professionalità richiesti al RUP per gli appalti e le concessioni di lavori, modulandoli in ragione delle peculiarità – e del valore – della singola gara.

Al riguardo (e in senso conforme a quanto rappresentato nel corso della consultazione preliminare) appare opportuno prevedere che l'abilitazione professionale richiesta al RUP sia equivalente a quella ordinariamente richiesta per la progettazione e l'esecuzione dell'opera di che trattasi.

Pag. 5, par. 1.3.

Nel primo rigo occorre sopprimere le parole "*si prevede che*", e nel secondo rigo sostituire la parola "*debba*" con "*deve*".

Sempre nel par. 1.3 di pag. 5, si invita l'ANAC a riflettere sulla necessità e opportunità di dare una definizione di "*lavori di particolare complessità*" che non coincide con quella, contenuta nell'art. 3, lett. oo) del codice di "*lavori complessi*", che a sua volta include la nozione di lavori particolarmente complessi, e che nemmeno pare esplicazione della nozione recata dall'art. 31, comma 7, di appalti "*di particolare complessità*", comprensivi di servizi e forniture, oltre che dei lavori. Si potrebbe allora coordinare la definizione data nelle linee guida con quelle delle fonti primarie, anche prescindendo dal limite di importo previsto dall'art. 3, lett. oo).

Pag. 6, par. 2.1.1.3

Il paragrafo in questione, nell'individuare i principali compiti del RUP, demanda allo stesso il compito di individuare i lavori di particolare rilevanza, sulla base di quanto desunto da una serie di indici, fra cui "*5. [la] esecuzione in ambienti aggressivi*".

La definizione in questione dovrebbe essere chiarita e specificata.

Pag. 6, 7, par. 2.1.1.3.f)

Conformemente a quanto emerso nel corso della consultazione preliminare, appare opportuno operare un rinvio esplicito alla funzione di indirizzo alla progettazione (già presente nel c.d. 'documento preliminare alla progettazione' – d.p.p. -), che occorrerebbe nuovamente richiamare e in modo espresso, attesa la pregnanza dei relativi contenuti.

Pag. 7, par. 2.1.1.3.m)

A pag. 7 delle linee guida, nell'ambito del paragrafo 2.1.1.3., alla lettera m), occorre sostituire le parole "*promuovere*" e "*garantire*", rispettivamente con "*promuove*" *e* "*garantisce*". Inoltre, sempre in tale lett. m), se si specificano i compiti del RUP in relazione alla procedura competitiva con negoziazione, nulla si dice in ordine ai suoi compiti in relazione alla procedura negoziata senza bando di cui all'art. 63 del codice (v. invece quanto disponeva l'art. 10, lett. h), d.P.R. n. 207 del 2010).

Pag. 7, par. 2.1.1.3.o)

Sempre a pag. 7 delle linee guida, nell'ambito del paragrafo 2.1.1.3, alla lettera o) si afferma che il RUP "*richiede all'amministrazione aggiudicatrice la nomina della commissione nel caso di affidamento con il criterio dell'offerta*

economicamente più vantaggiosa". Si mutua così, testualmente, il previgente art. 10, lett. i), d.P.R. n. 207 del 2010.

Tuttavia, occorre tener conto che nel mutato contesto ordinamentale, ai sensi dell'art. 77 del codice, nella maggior parte dei casi per la nomina della commissione occorre chiedere una rosa di nomi all'ANAC. Occorre perciò integrare la previsione aggiungendo il seguente periodo alla fine: "*,indicando se ricorrono i presupposti per la nomina di componenti interni o per la richiesta all'ANAC di una lista di candidati, ai sensi dell'articolo 77, comma 3, del codice*".

Pag. 8, par. 2.1.3.1

Il paragrafo 2.1.3.1., al secondo periodo stabilisce che, nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la verifica sulle offerte anormalmente basse sia svolta dal RUP con il supporto della Commissione nominata ai sensi dell'articolo 77 del nuovo 'Codice'.

Al riguardo si ritiene che vada verificata la piena coerenza fra tale statuizione e quanto già affermato a pagina 3 (par. 1.2 dello schema di linee-guida), ove si legge che il ruolo di RUP è incompatibile – fra l'altro – con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice ai sensi dell'articolo 77, comma 4 (al riguardo

si rinvia comunque a quanto già osservato in relazione al par. 1.2. dello schema di linee-guida in esame).

Pag. 9, par. 2.1.3.1.q)

A pag. 9 dello schema di linee guida, nell'ambito del paragrafo 2.1.3.1., si suggerisce una migliore formulazione della lettera q) (che attualmente recita: "*attiva la definizione bonaria delle controversie che insorgono in ogni fase di realizzazione dei lavori ed essere sentito sulla proposta di transazione da parte del dirigente competente")* come segue:

"attiva la definizione con accordo bonario, ai sensi dell'articolo 205 del codice, delle controversie che insorgono in ogni fase di realizzazione dei lavori e deve essere sentito sulla proposta di transazione ai sensi dell'articolo 208, comma 3, del codice".

Pag. 10, par. 2.1.3.1.x)

A pagina 10 dello schema di linee guida, nell'ambito del paragrafo 2.1.3.1. quanto alla lettera x), dove si prevede la trasmissione da parte del RUP, all'amministrazione aggiudicatrice, della documentazione finale dopo il collaudo, si segnala che, rispetto al previgente art. 10, d.P.R. n. 207 del 2010, non è riprodotto il relativo comma 7, che rende chiare le finalità per cui il RUP

trasmette la documentazione dell'appalto dopo il collaudo, vale a dire ai fini del giudizio di conto davanti alla Corte dei conti. È pertanto opportuno integrare la lettera x) sostituendo le parole "trasmette all'amministrazione aggiudicatrice" con le parole "*trasmette all'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi e per gli effetti delle disposizioni di cui al titolo II, capo V, sezione I, del regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214 e di quelle di cui al titolo II, capo I e capo II del regio decreto 13 agosto 1933, n. 1038, nonché dell'articolo 2 della legge 14 gennaio 1994, n. 20*".

Pag. 11, par. 1.3.a), b)

A pagina 11 delle linee guida, nel paragrafo 1.3., lettere a) e b), occorre correttamente definire le soglie di rilevanza comunitaria in coerenza con il codice e le direttive comunitarie, e, pertanto, occorre che nella lettera a) le parole "*di importo pari o inferiore*" siano sostituite con le parole "*di importo inferiore*", e, per converso, nella lettera b) le parole "*Al di sopra delle soglie*" siano sostituite con le parole "*per i servizi e le forniture di importo pari o superiore alle soglie*".

Pag. 11, par. 2.1.b)

Il par. 2.1. dello schema di linee-guida, nell'individuare i principali compiti del RUP, contempla (fra l'altro), alla lettera b), lo svolgimento – nei limiti delle proprie competenze professionali – anche delle funzioni di direttore dell'esecuzione del contratto, "*a meno di diversa indicazione della stazione appaltante*".

Si osserva al riguardo, sotto il profilo tassonomico, che la previsione in questione dovrebbe piuttosto essere collocata nella parte V del documento (la quale, conformemente alla previsione di cui all'articolo 31, comma 5 del 'Codice', determina "*l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto*").

Pag. 11, par. 2.1.b), e)

Alle pagine 11 e 12 delle linee guida, nel paragrafo 2.1., si segnala che le lettere b) ed e) dicono la stessa cosa ("*svolge, nei limiti delle proprie competenze professionali, le funzioni di direttore dell'esecuzione del contratto, a meno di diverse indicazioni della stazione appaltante*"), e pertanto va soppressa la lettera e).

Inoltre, tale previsione, che sembra stabilire in termini generali il cumulo delle funzioni di RUP e direttore dell'esecuzione del

contratto, lasciando però piena libertà alla stazione appaltante di dare diverse indicazioni, non appare del tutto coordinata con il successivo paragrafo IV, *sub* 2.1. in cui si indica in quali casi e con quali presupposti il RUP svolge anche le funzioni di progettista e direttore dell'esecuzione, senza peraltro lasciarsi margine a una diversa indicazione della stazione appaltante.

Occorre pertanto o sopprimere del tutto la lettera b), ovvero meglio coordinarla con il paragrafo 2.1 di pagina 13.

Dalla lettura dell'AIR, sembrerebbe che la corretta soluzione sia sopprimere del tutto le lettere b) ed e), in quanto dall'AIR si desume che non si è voluto lasciare spazio alle scelte della stazione appaltante in tema di coincidenza o meno di tali due ruoli in capo a un unico soggetto. Si legge, testualmente, nell'AIR (a fine pag. 6): "*Non ha trovato accoglimento neanche la richiesta di rimettere alla stazione appaltante la possibilità di prevedere delle deroghe alla regola della coincidenza delle figure su indicate in quanto lascia margini di discrezionalità troppo ampi*". Ma tale affermazione è in contrasto con le citate lettere b) ed e) che contengono una affermazione di segno radicalmente opposto.

Pag. 13, par. 1.1.c)

Il par. 1.1. dello schema di linee-guida, nell'individuare i casi in cui il RUP può soggettivamente coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori (DL) o con il direttore dell'esecuzione del contratto (DEC), stabilisce alla lettera c) che tale coincidenza soggettiva sia possibile –*inter alia* – a condizione che il RUP sia in possesso "*[di] specifica formazione acquisita in materia di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione di opere e servizi pubblici, da parametrare in relazione alla tipologia dell'intervento*".

Tuttavia, dall'esame dello schema di linee-guida in oggetto non risulta chiaramente *chi* debba in concreto svolgere tale parametrazione (ci si sarebbe attesi, infatti, tale individuazione restasse espressamente demandata alle linee-guida di cui all'articolo 31, comma 5 e non che il documento operasse sul punto una sorta di '*rinvio oltre*').

Pag. 13, par. 2.1

Si chiede all'ANAC (conformemente a quanto emerso in sede di consultazione preliminare) di valutare l'introduzione di un'ulteriore ipotesi di non coincidenza soggettiva fra il RUP e il DEC.

In particolare, potrebbe essere inserita l'ipotesi in cui, per ragioni concernenti l'organizzazione interna alla singola stazione appaltante, l'esecuzione di determinate prestazioni debba essere necessariamente affidata a soggetti afferenti a un'unità organizzativa diversa da quella cui afferiscono i soggetti che hanno curato l'affidamento (e ciò, anche a prescindere dalla complessità o dalla peculiarità del servizio svolto).

4. Le linee guida relative all'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria (SIA)

Le linee guida relative all'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria sono emanate ai sensi della generale disposizione abilitante di cui all'art. 213, comma 2 del nuovo 'Codice'.

Le linee guida (non vincolanti) in esame nascono dalla condivisibile esigenza di riordino della materia dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria. Come infatti evidenziato dall'Autorità nazionale anticorruzione nell'analisi di impatto della regolamentazione (§ 1), alla previgente ed organica disciplina, contenuta nel codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e nel regolamento di attuazione (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), si è sostituita

quella, di carattere certamente «*più snello ed essenziale*» (capitolo I delle linee guida), ma comunque frammentaria, del nuovo codice dei contratti pubblici.

Quindi, molto opportunamente l'atto regolatorio in esame interviene a colmare alcune lacune venutesi a creare nel passaggio alla nuova disciplina, al fine di assicurare quella «*ordinata transizione*» prevista dalla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 (art. 1, comma 1, lett. b), e auspicata nel parere reso da questo Consiglio di Stato sul nuovo codice (parere 1° aprile 2016, n. 855, *sub* art. 216).

In questo quadro, le linee guida sui servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura "si muovono" in molteplici direzioni, sfruttando appieno la flessibilità che contraddistingue ai sensi dell'art. 213, comma 2, del nuovo codice lo strumento regolatorio, oltre che la funzione tipica ad esso assegnata dalla citata disposizione normativa (a mente della quale l'ANAC attraverso esse «*garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche*»).

Pertanto, le linee guida in esame costituiscono innanzitutto uno strumento di ricognizione normativa e del suo tessuto connettivo, attraverso l'enucleazione dei principi generali in materia e la loro riconduzione in un quadro organico (cap. I e II). Inoltre, sotto quest'ultimo profilo, nel contesto della loro non vincolatività, le linee guida si prestano a svolgere la fondamentale funzione di atto di indirizzo generale, al precipuo fine di delimitare la cornice della discrezionalità della committenza pubblica.

Dall'altro lato, la predeterminazione di regole uniformi, ancorché subordinate quanto alla loro applicazione concreta ad una decisione della stazione appaltante, si colloca nell'auspicabile obiettivo di aumentare i livelli di trasparenza ed imparzialità di quest'ultima, con positive ricadute tanto sulla prevedibilità dell'azione amministrativa quanto sui comportamenti degli operatori economici del settore.

Sul piano dei principi direttivi che animano l'intervento regolatorio, va segnalato con particolare rilievo il dichiarato obiettivo "pro-concorrenziale", a fronte di una congiuntura economica non favorevole, orientato verso l'incremento della concorrenzialità nei servizi di progettazione per la committenza pubblica, attraverso una

ridefinizione dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento (§ 4 dell'analisi di impatto della regolamentazione). Altro punto fondamentale, di notevole importanza per assicurare la qualità dei servizi di progettazione acquisiti presso il mercato, è la disciplina dei criteri di valutazione delle offerte, nell'ambito della quale l'Autorità – con scelta condivisa da questo Consiglio – ha ritenuto di privilegiare il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (*ibidem*).

4.1. I contenuti principali delle linee guida

Come accennato nel precedente paragrafo, la decisione dell'Autorità di emanare linee guida non vincolanti nella materia della progettazione di contratti pubblici all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice è particolarmente opportuna, in ragione della disorganicità della nuova disciplina, in cui in base alle norme di coordinamento, transitorie e ad abrogazione differita del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - artt. 216, commi 4 - 6, e 217, comma 1, lett. u - sopravvivono tuttora alcune disposizioni del regolamento di attuazione ed esecuzione del previgente Codice, e cioè il d.P.R. n. 207 del 2010 (si rinvia al riguardo al già citato cap. I delle linee guida).

In questa direzione l'Autorità ha operato nella giusta direzione di non estendere regole e principi fissati dal Codice oltre gli ambiti di applicazione definiti dalla norma primaria, o al contrario di formulare interpretazioni o ricostruzioni del quadro normativo in funzione disapplicativa dello stesso, anche contravvenendo alle richieste degli *stakeholders* in sede di consultazione pubblica (dandone adeguata evidenza e motivazione al § 5 dell'analisi di impatto).

Quindi, definito l'ambito di applicazione delle linee guida, attraverso il richiamo alla nozione recata dall'art. 3, lett. vvvv), del codice (cap. I), senza ulteriori specificazioni, pur richieste in sede di consultazione pubblica, le linee guida enunciano i principi generali ricavabili dalla normativa primaria, ed in particolare agli artt. 23 e 24 del codice (cap. II). Sul piano formale, la lettura di questa parte dell'atto consente, pur nell'ambito di un registro discorsivo, di enucleare in modo chiaro i singoli precetti in esso contenuti (si segnala solo un refuso, al § 3.1, primo rigo: «*delel*»).

In direzione discendente, alla ricostruzione delle regole fondamentali fa quindi seguito l'enunciazione di alcune indicazioni operative a beneficio delle stazioni appaltanti in sede di affidamento dei servizi attinenti

all'ingegneria e all'architettura (cap. III). In questa parte, le linee guida svolgono un'importante funzione di interpretazione del dato normativo primario e risultano formulate secondo il medesimo registro espressivo di quella precedente, dedicata ai principi generali, in coerenza con le caratteristiche strutturali dell'atto regolatorio che vanno delineandosi in questa prima fase di attuazione del nuovo codice.

Seguono quindi le parti più propriamente "precettive", nelle quali sono disciplinati i presupposti e le modalità di affidamento dei servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura, i requisiti di partecipazione, i criteri di valutazione e l'attività di verifica e validazione (capitoli IV – VII), per le quali si rinvia alla disamina delle singole previsioni in esse contenute.

4.2. Profili applicativi delle linee guida

Questa Commissione ritiene che la direzione intrapresa dall'Autorità si collochi armonicamente nella cornice delineata dal Legislatore, con la riserva della disciplina di dettaglio della materia dei contratti pubblici non più allo strumento tradizionale del regolamento generale di attuazione del codice, ma ad atti di «*regolamentazione flessibile*», anche non dotati di efficacia

vincolante (art. 213, comma 2, d.lgs. 50 del 2016).

A questo specifico riguardo, la mancanza di forza cogente delle linee guida deve essere recuperata sul piano della capacità di fornire adeguate spiegazioni circa le ragioni (derivanti dalla normativa primaria o di buona amministrazione) delle regole introdotte negli ambiti lasciati dalla legislazione primaria all'attività regolatoria di attuazione.

In questa attività devono tuttavia essere evitati eccessi di raccomandazione o chiarificazione che possano compromettere l'agevole individuazione del precetto, pur non vincolante, formulato nelle linee guida.

Ulteriore e più rilevante rischio insito nel nuovo strumento è quello di trascendere rispetto alla funzione tipica di *soft law*, attraverso l'irrigidimento delle regole, intervenendo così in modo tendenzialmente onnicomprensivo nei margini di apprezzamento discrezionale riconosciuti dal codice alle stazioni appaltanti e di appesantimento dell'azione amministrativa, in una materia in cui le implicazioni a livello economico e di efficace gestione delle risorse pubbliche pongono con forza l'esigenza di adeguati livelli di certezza e chiarezza sostanziale del quadro regolatorio

(come sottolineato da questo Consiglio di Stato nel citato parere sul codice dei contratti; §§ II.e).2-5 e II.g).5).

Il rischio descritto alligna nella formulazione di precetti in modo tale da non consentire alle stazioni appaltanti scelte diverse da quelle operate nelle linee guida, se adeguatamente motivate, laddove l'essenza della non vincolatività dell'atto regolatorio risiede proprio nella possibilità dell'amministrazione di discostarsi rispetto alla regola generale fissata in quest'ultimo, al ricorrere di situazioni specifiche (ad es. il singolo incarico di progettazione) che rendano opportune soluzioni alternative.

Quindi, dal punto di vista ora evidenziato, nello svolgere la funzione di orientamento e supporto della discrezionalità delle stazioni appaltanti, le linee guida non vincolanti devono coniugare la loro ontologica mancanza di forza cogente - che non ne consente la riconduzione nella categoria dell'atto amministrativo generale (qualificazione invece attribuibile alle linee guida vincolanti: cfr. parere 1° aprile 2016, n. 855, più volte citato; § II.g).5) - con l'enunciazione chiara ed intellegibile delle ragioni alla base delle regole da esse dettate, in conformità all'obbligo generale di motivazione enunciato dall'art. 3, l. 7 agosto

1990, n. 241. Ciò al fine di un efficace svolgimento dell'azione di indirizzo nei confronti delle stazioni appaltanti, in virtù della quale l'adeguamento di quest'ultime alle linee guida risieda nell'intrinseca capacità regolatoria di queste ultime e la scelta conformativa dell'amministrazione possa legittimamente essere espressa anche in assenza di specifica motivazione, poiché essa è ricavabile nell'atto presupposto emanato dall'Autorità.

Sotto i profili descritti, le linee guida in esame non si prestano a rilievi critici nel loro complesso, salvo quanto si dirà *infra* con specifico riguardo alle singole previsioni.

Nel disciplinare la materia dei servizi di progettazione l'Autorità si è infatti posta in sostanziale linea di continuità con la previgente disciplina di carattere normativo, senza tuttavia limitarsi a riprodurla pedissequamente, con il solo effetto di mutarne la fonte, ma ponendosi nell'ottica di fornire alle stazioni appaltanti un nucleo di indirizzi fondamentali sugli aspetti principali della materia, finalizzato ad orientare le stazioni appaltanti nell'adozione di soluzioni concrete (al riguardo si segnala in senso positivo la "scelta di fondo" relativamente alla partecipazione alle procedure di affidamento di servizi di progettazione di

raggruppamenti di progettisti o consorzi, di emanare linee guida nel disciplinare la materia, oggi non più regolata a livello normativo, nel rispetto della discrezionalità delle stazioni appaltanti: § 4, punto 7, dell'analisi di impatto della regolamentazione).

4.3. I principi generali

Nella parte relativa ai principi generali in materia di servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura (capitolo II) le linee guida in esame pongono in rilievo l'esigenza di assicurare la continuità dell'attività di progettazione nei vari livelli in cui essa si articola in base alla norma primaria (art. 23, comma 12, d.lgs. n. 50 del 2016), perseguita attraverso la preferenza per l'affidamento contestuale dell'attività di progettazione definitiva ed esecutiva, ma al contempo riconoscendo la possibilità di affidamento disgiunto, in presenza di ragioni adeguatamente espresse (cap. II, §§ 2.1 e 2.3). Opportuna è al riguardo la raccomandazione alle stazioni appaltanti di mettere a disposizione dei concorrenti la documentazione atta a dimostrare che l'esperienza acquisita nello svolgimento dell'incarico relativo al livello progettuale precedente – ed in particolare nella progettazione di fattibilità tecnico

economica - non è suscettibile di falsare la concorrenza, in analogia con quanto previsto dall'art. 24, comma 7, del codice (§ 2.2, ultimo periodo), occorrendo tuttavia che questa specificazione sia formulata anche nei casi di affidamento disgiunto dei successivi livelli di progettazione (nel citato § 2.3).

Un ulteriore principio generale enunciato nelle linee guida riguarda il divieto di subappalto, sancito dal nuovo codice all'art. 31, comma 8, nell'ambito della disciplina relativa al responsabile unico del procedimento, e che le linee guida in esame invece collocano più correttamente nell'ambito dei principi generali relativi ai servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura. Condivisibile è la conferma della necessità che nel gruppo di progettazione partecipante alla procedura di affidamento sia compresa la figura del geologo e che la forma giuridica del rapporto tra quest'ultimo e l'affidatario non sia vincolata ad un modello tassativo, purché esso assicuri la esecuzione della prestazione e la responsabilità dello specialista. Al riguardo il § 3.1 in esame richiama in nota in calce una precedente determinazione della soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (27 febbraio 2003, n. 2). Sarebbe invece maggiormente rispondente a

criteri di chiarezza inserire la linea guida così formulata nel testo dell'atto, espungendo la nota, al fine di non ingenerare possibili confusioni circa la relativa fonte.

Si segnala, altresì, l'esistenza di una disciplina non univoca circa la necessità della relazione geologica e quindi della presenza della figura del geologo negli appalti integrati (sentenze 17 febbraio 2016, n. 630 e 21 aprile 2016, n. 1595, richiamata nell'analisi di impatto della regolamentazione).

Esclusa con il nuovo codice questa figura di appalto (art. 59), il chiarimento, in funzione di orientamento per le stazioni appaltanti, potrebbe essere utile per l'affidamento disgiunto della progettazione definitiva ed esecutiva. Al riguardo, va infatti segnalato che la prima delle citate pronunce ha escluso la necessità della relazione geologica in sede esecutiva quando le soluzioni progettuali individuate in tale livello non comportino alcuna modifica di tipo geologico rispetto a quelle formulate nel progetto definitivo.

Le linee guida in esame non ammettono invece la possibilità di affidamento separato della relazione geologica. Nell'analisi di impatto della regolamentazione questa scelta è motivata in base al divieto di frazionamento artificioso del valore del contratto, al fine di procedere

all'affidamento diretto (§ 5.2.1). Si segnala tuttavia che l'elusione deve essere valutata in concreto, mentre eliminare questa possibilità in via astratta e generalizzata sembra tradursi in un divieto non previsto o ricavabile dalla normativa primaria e di impedire alle stazioni appaltanti di avere una relazione diretta con la figura professionale del geologo. Inoltre, i paventati rischi di condotte elusive finalizzate ad ottenere un frazionamento artificioso delle basi d'asta possono essere evitati raccomandando le stazioni appaltanti di richiedere un numero minimo di preventivi (analogamente a quanto previsto per gli affidamenti diretti degli incarichi di progettazione sotto la soglia minima di 40.000 euro: capitolo IV, § 1.3, capoverso 1.3.1).

4.4. Indicazioni operative

Nel capitolo III le linee guida forniscono dettagliate indicazioni di carattere operativo – interpretativo in ordine al percorso che le stazioni appaltanti devono seguire nella predisposizione delle procedure di affidamento di incarichi di progettazione. Sotto questo profilo, le linee guida assolvono anche a una funzione di completamento del quadro regolatorio della materia, in conseguenza dell'abrogazione delle disposizioni del regolamento di

esecuzione di cui al d.P.R. n. 207 del 2010 relative ai servizi di progettazione.

Al riguardo, richiamata la norma transitoria contenuta nell'art. 216, comma 6, del codice, le linee guida ribadiscono l'ultrattività delle tariffe professionali di cui al decreto ministeriale 31 ottobre 2013, n. 143, nelle more dell'emanazione del decreto ministeriale previsto dall'art. 24, comma 8, del medesimo codice, recante le tabelle dei corrispettivi per prestazioni professionali di progettazione (§ 2.1). In nota in calce si specifica che deve essere assicurato il rispetto dell'art. 9, comma 2, penultimo e ultimo periodo del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 (*Misure urgenti in materia di concorrenza, liberalizzazioni e infrastrutture*, convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, come modificato dalla legge 7 agosto 2012, n. 134). Si tratta in estrema sintesi del divieto di determinare un importo a base di gara superiore a quello derivante dall'applicazione delle tariffe professionali, che tuttavia sarebbe opportuno specificare in modo chiaro e direttamente nel corpo delle linee guida.

Condivisibile è invece l'indicazione volta a riportare nella documentazione di gara «il procedimento adottato per il calcolo dei compensi posti a base di gara, inteso come

elenco dettagliato delle prestazioni e dei relativi corrispettivi» (§ 3.2), formulata in dichiarata elevazione degli standard di trasparenza e – soggiunge questa Commissione – senza arrecare particolari aggravi alle stazioni appaltanti.

4.5. I presupposti e le modalità di affidamento dei servizi di progettazione

Nel capitolo IV, intitolato «*Affidamenti*», le linee guida in esame svolgono una fondamentale opera di ricostruzione organica della normativa primaria circa i presupposti e le modalità di affidamento dei servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura.

Al riguardo, si riscontra positivamente l'indicazione fornita alle stazioni appaltanti di assicurare la massima trasparenza e pubblicità nella formazione di elenchi di operatori professionali dai quali attingere per l'individuazione dei soggetti da invitare alle procedure di affidamento di valore superiore a 40.000 e inferiore a 100.000 euro, ai sensi degli artt. 157, comma 2, e 36, comma 2, lett. b), del codice, formulata nel capoverso 1.2 del § 1 capitolo in esame (si segnala peraltro il refuso: «*inviino*», al terz'ultimo rigo) e la disciplina di dettaglio contenuta nel successivo § 1.1, nonché quella per le

indagini di mercato prevista nel successivo § 1.2.

Da questo punto di vista, le linee guida in esame, pur nel contesto della loro non vincolatività, si pongono come utile strumento di promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, ai sensi della norma fondante lo strumento regolatorio contenuta nel più volte citato art. 213, comma 2, del codice, attraverso una disciplina di completamento della normativa primaria su aspetti di dettaglio della materia dei contratti pubblici che hanno tuttavia un significativo rilievo e per i quali si registrano comportamenti opachi quando non veri e propri favoritismi da parte delle stazioni appaltanti.

Nel successivo § 2, relativo agli affidamenti di importo pari o superiore a 100.000 euro le linee guida opportunamente chiariscono che la regola enunciata dal comma 2 del citato art. 157, del codice secondo cui i servizi di progettazione sono affidati «*con procedura aperta o ristretta ai sensi degli articolo 60 e 61*» del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016, deve essere coordinata con le soglie di rilevanza europea stabilite in via generale dall'art. 35, al quale rinvia il comma 1 del medesimo art. 157. Le quali soglie sono: 135.000 e 209.000 euro rispettivamente per le autorità centrali e

quelle sub-centrali (comma 1, lett. b) e c)) nei settori ordinari e 418.000 euro per i settori speciali (comma 2, lett. b)). Le linee guida non richiamano quest'ultimo caso e per doverosa completezza sarebbe preferibile aggiungerlo, unitamente al richiamo dell'art. 114, contenente le disposizioni relative ai settori ordinari applicabili ai settori speciali.

Al di là di questa carenza la ricostruzione operata nelle linee guida è corretta e in linea con il previgente regolamento di attuazione del codice dei contratti, d.P.R. n. 207 del 2010, il cui art. 261, comma 2, recava anch'esso un richiamo alla disciplina relativa agli appalti nei settori ordinari. Peraltro, se quest'ultimo richiamo era limitato ai soli termini di presentazione delle offerte e ai bandi e agli avvisi di gara e alle formalità pubblicitarie, con il nuovo codice l'assimilazione dei servizi attinenti all'ingegneria e architettura il cui valore è pari o superiore alla soglia comunitaria agli appalti nei settori ordinari è più forte, dal momento che il richiamo a questi ultimi contenuto nell'art. 157, comma 1 (alla parte II, titoli I – IV), riguarda anche i criteri di selezione dei candidati e delle offerte - che invece nel sistema previgente erano specificamente previsti nel regolamento di

esecuzione di cui al d.P.R. n. 207 del 2010 - essendone invece esclusa la sola fase dell'esecuzione del contratto.

4.6. I requisiti di partecipazione

Dopo avere definito il quadro generale dei presupposti e delle modalità di affidamento dei servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura, le linee guida richiamano le stazioni appaltanti al rispetto delle norme relative ai requisiti di capacità economico-finanziaria, ed in particolare al limite massimo di fatturato pari al doppio del valore del contratto e alla necessità di motivare la scelta di richiedere un fatturato minino, ai sensi dell'art. 83, comma 5, del codice (§ 2.2). Sul punto, deve darsi atto della corretta ricostruzione operata dall'Autorità del quadro normativo primario e dei conseguenti margini di regolamentazione esercitabili nella presente sede, rispetto a richieste degli *stakeholders* di non prevedere in assoluto requisiti minimi di fatturato (§ 5.6.3 dell'analisi di impatto della regolamentazione).

Per altro verso, data la lacuna venutasi a creare al livello normativo, per effetto dell'abrogazione del d.P.R. n. 207 del 2010, l'atto regolatorio passa a dettare una regolamentazione di dettaglio dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento

dei servizi di progettazione (§ 2.2.2), convisibilmente ritenuta dall'Autorità necessaria in considerazione «*della specificità dei servizi di ingegneria e di architettura*» (capoverso 2.2.2.1).

A questo riguardo, la Commissione evidenzia che l'individuazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale contenuta nel citato capoverso 2.2.2.1 è formulata in modo tale da fugare dubbi nelle stazioni appaltanti e negli operatori professionali circa la portata delle soluzioni individuate nelle linee guida in esame e della correlativa possibilità di optare per soluzioni diverse nella singola procedura di gara.

Infatti, sul piano formale l'atto si esprime al riguardo in termini di possibilità: «*è possibile individuare* (…)*i seguenti requisiti*...» (capoverso 2.2.2.1), conformemente al suo carattere non vincolante. Inoltre, nel successivo capoverso 2.2.2.2 si precisa opportunamente che i requisiti previsti «*costituiscono indicazioni poste a presidio della massima partecipazione alle gare in ossequio ai princìpi di proporzionalità e di concorrenza*», rendendo così evidente che la scelta conformativa operata dalla stazione appaltante non richiede alcuna puntuale motivazione, a differenza di quella opposta

con cui si prevedano requisiti speciali di partecipazione alla gara diversi da quelli fissati nelle linee guida.

Ciò precisato, rispetto al d.P.R. n. 207 del 2010 (ed in particolare alle previsioni contenute nel previgente art. 263), le linee guida apportano novità rilevanti per i requisiti di capacità economico-finanziaria, per i quali, si prevede la possibilità di richiedere il fatturato globale per servizi di ingegneria e architettura nei migliori tre esercizi dell'ultimo quinquennio, fino al limite massimo previsto dal citato art. 83, comma 5, del codice, in luogo del quinquennio *tout court* precedentemente richiesto, e con la fondamentale alternativa della possibilità di richiedere, in conformità a quanto previsto per gli appalti ordinari dalla lett. c), comma 4, del medesimo art. 83, «*un adeguato livello di copertura assicurativa*».

Le descritte novità sono coerenti con l'esigenza di aumentare i livelli di partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di progettazione, dichiaratamente perseguita con le linee guida in esame, in funzione pro-concorrenziale.

Per quanto riguarda invece i requisiti di capacità tecnico-professionale ed in particolare per i servizi di progettazione precedentemente svolti, ivi compresi i

contratti "di punta", le linee guida si pongono in continuità con la disciplina regolamentare previgente. Questa Commissione si limita ad osservare al riguardo che è stato ragionevolmente mantenuto il limite temporale del decennio precedente alla procedura di gara e non già, come invece richiesto in sede di consultazione pubblica, dei servizi svolti nel corso dell'intera vita professionale. Sul punto si valuta favorevolmente la posizione contraria mantenuta dall'Autorità e motivata sulla base della necessità di assicurare una verifica effettiva delle capacità professionali per svolgere incarichi di progettazione di contratti pubblici (§ 5.6.4 dell'analisi di impatto della regolamentazione).

Conforme ai requisiti di massima concorrenzialità e al tempo stesso di ragionevolezza è poi l'indicazione contenuta nel capoverso 2.2.2.4 circa i servizi utilizzabili ai fini della dimostrazione della capacità tecnica, ed in particolare la raccomandazione, conforme alla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, di non richiedere servizi "identici" ma "analoghi", dai quali sia comunque ricavabile la specifica capacità del professionista di eseguire il contratto posto a gara. Non è stata invece affrontata la questione

concernente i limiti entro i quali è possibile utilizzare a comprova del possesso di tali requisiti i servizi di progettazione svolti in favore dei committenti privati; profilo in precedenza disciplinato dall'art. 263, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, la cui ambigua formulazione ha dato luogo ad un contrasto di giurisprudenza in seno a questo Consiglio di Stato (Cons. Stato, V, 10 febbraio 2015, n. 692 e 25 maggio 2015, n. 2567).

In relazione al numero medio annuo del personale tecnico si pone invece il limite massimo del doppio delle unità stimate nel bando per lo svolgimento dell'incarico, richiedendosi che l'organico posseduto sia comunque proporzionato a quest'ultimo. Nel demandare in questo modo alle stazioni appaltanti la scelta nel singolo caso, la soluzione adottata dall'Autorità risponde anche alle esigenze espresse dagli *stakeholders* di individuare criteri ponderali parametrati al grado di complessità di categoria e destinazione funzionale di opere quali stabilite nel citato d.m. n. 143 del 2013, senza tuttavia al contempo "irrigidire" a livello astratto il requisito di capacità tecnica in questione (§ 5.6.5. dell'analisi di impatto della regolamentazione).

Le linee guida si muovono nel solco della normativa previgente (in particolare l'art.

261, comma 7, d.P.R. n. 207 del 2010) e della giurisprudenza amministrativa con riguardo ad essa formatasi in ordine ai raggruppamenti di professionisti e consorzi stabili di società operanti nel settore (§ 2.2.3, in relazione all'art. 46 del codice), in particolare per quanto riguarda la previsione che la distribuzione delle quote di partecipazione ed esecuzione del servizio tra mandataria e mandanti «*è stabilita direttamente dalle stazioni appaltanti nei documenti di gara*»; che i requisiti di capacità tecnica ed economica devono essere posseduti cumulativamente; e che la percentuale minima di requisiti eventualmente richiesta alla mandataria sia sorretta da «*opportuna motivazione*» nel bando di gara.

Del pari, le linee guida riproducono il citato art. 261, comma 7, del previgente regolamento di esecuzione del codice di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 per quanto riguarda il possesso maggioritario del requisiti di partecipazione in capo alla mandataria. Deve tuttavia segnalarsi che la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato afferma in generale per i raggruppamenti che ciascuna impresa deve essere qualificata per la parte di servizio che dichiara di svolgere in sede di gara (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 28

aprile 2014, n. 27, e, da ultimo, Cons. Stato, V, 25 febbraio 2016, n. 786), a prescindere dai valori assoluti di qualificazione, che in ipotesi possono essere posseduti dai mandanti (ancora Cons. Stato, V, 19 maggio 2016, n. 2085). Anche in chiave pro-concorrenziale, andrebbe quindi specificato che il possesso dei requisiti di qualificazione in misura maggioritaria da parte della mandante è riferita a quelli necessari alla partecipazione alla gara.

4.7. I criteri di valutazione delle offerte

Il capitolo VI delle linee guida contiene indicazioni sull'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, obbligatorio per i servizi di ingegneria e architettura di valore superiore a 40.000 euro in base all'art. 95, comma 3, lett. b), del codice. La relativa disciplina, contenuta nel § 1, si pone in sostanziale continuità con la previgente di rango regolamentare (art. 266 d.P.R. n. 207 del 2010), ma viene condivisibilmente correlata alle previsioni in materia contenute nel nuovo codice, ed in particolare al comma 6 del medesimo art. 95, in cui sono enunciati gli aspetti di carattere qualitativo delle offerte soggetti a confronto competitivo.

Nella medesima linea sono quindi formulate adeguatamente le opportune indicazioni di carattere operativo circa il peso da attribuire ai vari sub-criteri (capoversi 1.2, 1.5, 1.6 e 1.7), nel rispetto dell'obbligo di predeterminazione degli stessi e dei fattori ponderali in sede di bando di gara (capoverso 1.3), e sulle formule matematiche di attribuzione dei punteggi (capoverso 1.4).

Va tuttavia soffermata l'attenzione sulla "griglia" di fattori ponderali prevista dal citato capoverso 1.6., incentrata su forbici di valori e nell'ambito della quale si prevede un peso significativo (da 30 a 50 punti, sui 100 massimi) per l'elemento costituito dalla «*professionalità e adeguatezza dell'offerta desunta da un numero massimo di tre servizi relativi a interventi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare la prestazione sotto il profilo tecnico*». A questo specifico riguardo, questa Commissione, nel rilevare la minore incidenza prevista per l'omologo elemento dal previgente regolamento di esecuzione del codice dei contratti pubblici (da 20 a 40, ex art. 266, comma 5, lett. a)), ritiene di segnalare i rischi insiti nella prevista commistione tra requisiti di partecipazione ed elementi di valutazione delle offerte, ulteriormente aggravati dalla richiesta che sia

«*in ogni caso prevista*» nel bando «*una soglia di sbarramento al punteggio tecnico, non superando la quale il concorrente non potrà accedere alla fase di valutazione dell'offerta economica*» (capoverso 1.6, punto 1)). Deve ancora rilevarsi che quest'ultima previsione non appare conforme al carattere non vincolante delle linee guida, nella misura in cui introduce un obbligo normativamente non previsto.

La Commissione segnala quindi l'opportunità di valutare se, pur nell'ambito del *favor* per la commistione espresso nelle nuove direttive europee in materia e recepito dal più volte citato art. 95 del codice, non sia opportuno chiarire se lo stesso servizio possa al tempo stesso, nella medesima gara, costituire requisito soggettivo di qualificazione/partecipazione ed essere oggetto di valutazione nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, specificando, per tale evenienza, che sarà oggetto di valutazione solo per la parte eccedente la soglia minima richiesta ai fini della partecipazione alla gara. In caso contrario e di concorrenti tutti egualmente qualificati si profila il rischio di appiattire eccessivamente il confronto competitivo, o di arrecare un vantaggio ingiusto al concorrente che utilizza il

medesimo servizio come requisito di partecipazione e come elemento di cui chiede la valutazione delle offerte.

Analoghe considerazioni a quelle poc'anzi formulate possono essere svolte con riguardo all'ulteriore obbligo di prevedere la «*riparametrazione dei punteggi tecnici attribuiti a ciascun criterio, con la quale si premiano le offerte di maggiore qualità*» (capoverso 1.6, punto 2)). Si segnala sul punto che questo Consiglio di Stato ha ancora di recente ribadito (Cons. Stato, V, 27 gennaio 2016, n. 266) che nel sistema degli appalti pubblici nessuna norma di carattere generale impone, per le gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta più vantaggiosa, l'obbligo della stazione appaltante di attribuire alla migliore offerta tecnica in gara il punteggio massimo previsto dalla *lex specialis*, mediante il criterio della c.d. riparametrazione. Anche in precedenza si era chiarito che in proposito «*il ragguaglio dei punteggi al valore massimo teorico dell'offerta tecnica migliore e conseguentemente delle altre, in cui si sostanzia in estrema sintesi la riparametrazione, non è oggetto di alcuna norma cogente*» (Cons. Stato, V, 25 febbraio 2014, n. 899). Pertanto, la riparametrazione può essere prevista dal bando e

conseguentemente applicata dalla commissione di gara, in base ad una valutazione discrezionale «*che pacificamente compete alla stazione appaltante nella scelta, alla luce delle esigenze del caso concreto, dei criteri da valorizzare ai fini della comparazione delle offerte, come pure nella determinazione della misura della loro valorizzazione*» (Cons. Stato, V, 27 gennaio 2016, n. 266). Per altro verso, la decisione della stazione appaltante di non richiamare l'istituto della riparametrazione può trovare giustificazione «*nell'intento di ottenere offerte finalizzate al risparmio di spesa, ferma restando la necessità di miglioramenti tecnico funzionali; invece, applicando la riparametrazione, il rapporto prezzo/qualità si sarebbe invertito, perché modesti miglioramenti tecnici rispetto al progetto base avrebbero comportato l'aggiudicazione alla offerta che poteva comportare maggiori oneri a causa di minori ribassi circa il prezzo*» (Cons. Stato, V, 13 gennaio 2014, n. 85).

Rispetto alle diverse esigenze di volta in volta perseguite dalla stazione appaltante (privilegiare qualità o prezzo) sono peraltro funzionali le formule matematiche di attribuzione dei punteggi e i pesi attribuiti ai singoli elementi, come del resto enunciato

nelle linee guida in esame, nel citato capoverso 1.4. Non appare invece corretto rendere la riparametrazione obbligatoria, pur tenuto conto della particolare natura dei servizi attinenti all'ingegneria e architettura, essendo piuttosto opportuno specificare, in contrario, che in assenza di previsioni nel bando di gara alla commissione è inibito farne applicazione (cfr. ancora Cons. Stato, IV, 20 febbraio 2014, n. 802).

Inoltre, occorrerebbe prendere posizione sulla portata della riparametrazione, dal momento che, come affermato da questo Consiglio di Stato, questa operazione – che viene tipicamente effettuata in caso si adotti la formula matematica di attribuzione dei punteggi secondo il metodo aggregativo-compensatore - non è consentita per ragguagliare al punteggio massimo teorico gli elementi di carattere valutativo, al fine di compensare l'incidenza degli stessi con l'elemento prezzo (Cons. Stato, V, 17 marzo 2015, n. 1371).

Con la pronuncia ora richiamata si è precisato che la sola riparametrazione consentita è quella c.d. interna alla valutazione dell'elemento qualitativo, ed è finalizzata a rispettare il diverso peso ponderale che la stazione appaltante ha attribuito a ciascuna sub-componente al fine

di valutare l'offerta tecnicamente migliore. Si tratta cioè dell'operazione di trasformazione in punti dei coefficienti variabili tra 0 e 1 attribuiti ai singoli elementi di valutazione, in base ai metodi previsti dal bando (confronto a coppie; somma dei punteggi attribuiti dai commissari; assegnazione discrezionale, ecc.). In particolare, la riparametrazione consiste nel ragguagliare i coefficienti al sub-punteggio massimo per ciascuno di essi previsto.

Mentre questa operazione è consentita, in base alla pronuncia in esame tale non è invece la riparametrazione "esterna", vale a dire tra gli elementi di carattere tecnico e quelli di carattere economico, sebbene per questi il maggior ribasso comporta sempre l'attribuzione del punteggio massimo.

La sentenza ha chiarito che in caso di ribassi minimi questi possono avere un'incidenza relativamente maggiore sul punteggio finale, ragione per la quale è stata escogitata la riparametrazione esterna con i punteggi dell'offerta tecnica; tuttavia la pronuncia ha precisato che la distorsione è insita nella formula matematica e può dunque essere evitata prevedendone una diversa nel bando (come ad es. il metodo "electre", di cui all'allegato 'G' del d.P.R. n. 207 del 2010 e di cui al quaderno dell'Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di appalti, servizi e forniture del 24 novembre 2011, n. 7).

Nella medesima direttrice si colloca peraltro la stessa Autorità nazionale anticorruzione con le linee guida sull'offerta economicamente più vantaggiosa oggetto di parere contestualmente a quello sui servizi attinenti all'ingegneria e architettura.

Sempre in ordine ai criteri di valutazione, si rileva che non viene affrontato il tema dei criteri premiali per i giovani professionisti, laddove l'art. 95, comma 13 del codice include invece tra i criteri premiali di valutazione anche quelli volti ad agevolare la partecipazione dei giovani professionisti. Devono peraltro riconoscersi le difficoltà insite nell'individuazione di un criterio premiale per i giovani professionisti quale elemento di valutazione dell'offerta e pertanto si potrebbe seguire l'impostazione già seguita per le linee guida sull'offerta economicamente più vantaggiosa, introducendo una formulazione del tipo «*Al fine di agevolare la partecipazione dei giovani professionisti si suggerisce alle stazioni appaltanti di prevedere criteri di valutazione che valorizzino gli elementi di innovatività delle offerte presentate*».

Il § 2 enuncia una serie di «*criteri motivazionali*» da predeterminare nella

documentazione di gara. Sul punto, nel condividere la scelta operata dall'Autorità, nel senso dell'incremento della trasparenza, si segnala sul piano terminologico che secondo la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato i criteri motivazionali sono quelli che la commissione giudicatrice ritiene di enucleare in base ai criteri stabiliti nel bando e nel disciplinare di gara al fine di autolimitare la propria discrezionalità nei limiti di questi ultimi.

4.8. Verifica e validazione dei progetti

Nell'ultimo capitolo dello schema di linee guida (VII), relativo alla verifica e validazione dei progetti, sono contenute indicazioni di ordine ricostruttivo della normativa introdotta dal nuovo codice e di carattere operativo per le stazioni appaltanti. Nell'analisi di impatto della regolamentazione si specifica, conformemente al dato normativo primario (art. 114, comma 1, del codice), che la verifica dei progetti deve essere effettuata anche nei settori speciali, e si motiva su questa base – condivisibilmente – il rigetto della richiesta formulata in sede di consultazione pubblica di esonerare dai connessi obblighi le imprese pubbliche e private non riconducibili alle

amministrazioni di stampo tradizionale, (§ 5.8.3 dell'analisi di impatto).

Il § 2 provvede a fornire indirizzi per i casi di affidamento all'esterno della verifica dei progetti, prevedendosi in particolare che, secondo le regole generali, per gli affidamenti d'importo superiore a 40.000 euro, l'unico criterio utilizzabile è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il rapporto qualità/prezzo previsto dall'art. 95, comma 3, lett. b), del codice (capoverso 2.2). Per questa evenienza sono "suggeriti" («*i bandi potranno prevedere almeno i seguenti requisiti*») requisiti minimi di partecipazione riproduttivi di quelli previsti dal previgente art. 50 d.P.R. n. 207 del 2010 (capoverso 2.3).

Nel colmare anche in questo caso la lacuna normativa venutasi a creare attraverso il recepimento di quella abrogata occorrerebbe tuttavia verificare se il requisito di fatturato minimo realizzato nell'ultimo quinquennio «*per un importo da determinare in una misura non inferiore a due volte l'importo stimato dell'appalto del servizio di verifica*», sia conforme alle norme generali in materia di requisiti economico-finanziari introdotte con il nuovo codice (art. 83) e se non occorra specificare la possibilità di esigere in alternativa una copertura assicurativa contro

i rischi professionali adeguata, come ammesso per i servizi di progettazione.

P.Q.M.

Nelle esposte considerazioni è il parere della commissione speciale.

GLI ESTENSORI

Carlo Deodato, Claudio Contessa, Vincenzo Lopilato, Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE

Franco Frattini

IL SEGRETARIO

Gianfranco Vastarella

© 2014 - giustizia-amministrativa.it Accessibilità Mappa del sito Guida al sito Informativa privacy Regole di accesso

Condizioni di utilizzo