

Le procedure di scelta del contraente: la procedura aperta

Modifica del Nuovo Codice Appalti e Concessioni: il 19 aprile u.s. è entrato in vigore il D. Lgs. n. 50 del 18 aprile 2016. Tale nuovo *corpus* normativo, il “Nuovo Codice” è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 19 aprile u.s. e, non essendo stato previsto (!) alcun termine di *vacatio legis* è entrato in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione in Gazzetta. Il Nuovo Codice si applicherà per tutte le gare pubblicate (e non spedite) dopo il 19 aprile (vi sarà, dunque, un periodo in cui si continueranno ad applicare entrambi i D.Lgs.)

Il D. Lgs. 50/2016 impatta anche sulle procedure di scelta del contraente, sia quanto a modifiche sia a quanto a novità rispetto al sistema previgente:

- **modifica:** rapporti tra tipologie di procedura
- **novità:** viene introdotta una nuova procedura: il partenariato per l’innovazione

Viene, dunque contestualmente abrogato il “vecchio” D. Lgs. n. 163/2006 (tranne l’art. 66, co. 7 relativamente alla pubblicazione del bando in via elettronica).

1. Il sistema dell’evidenza pubblica e i principi cardine

Nell’ambito delle attività con cui le pubbliche amministrazioni, avvalendosi della propria capacità di diritto privato, operano attraverso strumenti giuridici di matrice privatistica, particolare rilievo assume l’attività contrattuale, che, oltre che dal diritto comune, è regolata da norme specifiche, proprie dell’ordinamento contabile, confluite oggi nel Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50/16.

L’attività contrattuale della P.A. è attività definita ad evidenza pubblica, concetto che attiene ad un modello procedimentale disciplinato da norme di carattere pubblicistico che regolano l’attività contrattuale dell’amministrazione, con particolare riguardo alla procedura di individuazione del contraente.

Il sistema dell’evidenza pubblica presuppone che l’amministrazione operi come:

- “amministrazione imparziale”, nel senso che l’azione della P.A. deve ispirarsi al principio di trasparenza sancito dall’art. 97 Cost.;

- “amministrazione neutrale”, e cioè un’amministrazione che sceglie il proprio contraente, applicando rigide regole di evidenza pubblica, cui si vincola, ed effettuando una valutazione comparativa delle offerte al fine di individuare la proposta effettivamente più vantaggiosa ed idonea a soddisfare l’interesse pubblico sotteso al contratto.

I **principi cardine** dell'evidenza pubblica sono quelli della trasparenza, efficacia, efficienza, *par condicio*, massima concorrenzialità, etc. che trovano nella loro concreta applicazione, gradazioni distinte in relazione alle singole tipologie di procedura di scelta del contraente.

Il sistema della contrattualistica pubblica, intesa come disciplina delle condizioni e delle modalità per l'individuazione dei soggetti chiamati a divenire parte di contratto di appalto di lavori, servizi e forniture, affidati dai soggetti tenuti all'applicazione del Codice, si basa, dunque, tra l'altro e soprattutto sui principi nazionali e comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e pubblicità.

In applicazione di tali principi, l'individuazione dei soggetti affidatari di contratti di appalti di lavori, servizi e forniture deve avvenire, esclusivamente, attraverso una delle procedure previste dall'art. 59 del D.Lgs. n. 50/2016. Vige, quindi, il **principio di tassatività delle procedure di scelta**, che impone alle SA di utilizzare una delle seguenti procedure:

- ❖ Procedura aperta
- ❖ Procedura ristretta
- ❖ Procedura negoziata (preceduta o meno dalla pubblicazione del bando di gara)
- ❖ Dialogo competitivo
- ❖ Partenariato per l'innovazione

Non sono ammesse procedure diverse da quelle previste normativamente, in quanto eventuali modalità o sistemi alternativi potrebbero avere effetti elusivi della normativa interna e comunitaria (AVCP, determinazione 17 gennaio 2007, n. 10).

2. I sistemi di individuazione del contraente

Il Codice dei contratti pubblici, (invero già il D.Lgs. n. 163/2006) nel disciplinare le procedure di individuazione del contraente, abbandona le tradizionali definizioni di pubblico incanto, licitazione privata, trattativa privata e appalto concorso, e recepisce le rispondenti definizioni comunitarie, come delineate dall'art. 28 della direttiva 2004/18/CE e ora dall'art. 26 della Direttiva 24/2014.

La norma in parola, dunque, indica quali procedure **ordinarie** di aggiudicazione di contratti pubblici, la procedura aperta (*ex* pubblico incanto o asta pubblica) e la procedura ristretta (*ex* licitazione privata), mentre restringe il ricorso alla procedura negoziata – preceduta o meno dalla pubblicazione del bando – e al dialogo competitivo al ricorrere di casi e condizioni tassativamente previsti, configurando tali modalità di scelta del contraente quali procedure a carattere **eccezionale** (cfr. artt. 29, 30 e 39 della direttiva 2004/18 e art. 26 Direttiva 2014/24), richiedendo per l'applicazione delle stesse specifiche condizioni.

Nel D.lgs. n. 163/06, il Legislatore nazionale, recependo l'impostazione comunitaria, individuava tre tipi di procedure:

- a. procedure aperte;
- b. procedure ristrette;
- c. procedure negoziate, con o senza pubblicazione del bando.

A tali procedure si aggiungono, poi, il dialogo competitivo e l'accordo quadro (disciplinati rispettivamente dagli artt. 58 e 59 del Codice), che possono aver luogo mediante procedura aperta o ristretta, in base alle esigenze dell'amministrazione.

Oggi il Nuovo Codice aggiunge, come anticipato, **il partenariato per l'innovazione**.

Le procedure di scelta del contraente costituiscono un vero e proprio procedimento amministrativo; con esso si tende a selezionare il contraente più affidabile o portatore di una proposta migliore sulla base del confronto concorrenziale, tramite una comparazione trasparente, alla quale tutti abbiano le medesime possibilità potenziali di partecipare, e nell'ambito della quali la comparazione sia effettuata con modalità che garantiscano la parità di trattamento a tutti gli offerenti.

La procedura aperta è quella in cui ogni operatore economico interessato può presentare offerta, mentre le procedure ristrette sono quelle alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare offerta solo gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, con le modalità previste dalla legge. Queste ultime sono di preferenza utilizzate quando il contratto non ha ad oggetto la sola esecuzione, o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La tipologia di procedura prescelta è indicata nella determina a contrarre e nel bando che è l'atto con cui l'amministrazione avvia la procedura, rende noto agli operatori interessati l'oggetto del contratto, i criteri per la selezione delle offerte, i termini per la loro presentazione, e ogni altro elemento utile per selezionare l'offerta che alla fine della procedura risulterà aggiudicataria dei lavori.

Come tutte le procedure comparative, la condizione normale di svolgimento delle gare è quella di una pluralità di partecipanti, è per questo che il bando può prevedere che non si procederà ad aggiudicazione nel caso di una sola offerta valida o nel caso di due sole offerte valide, che in tal caso non saranno aperte. In ogni caso è da tenere presente che il bando non costituisce proposta contrattuale: è l'offerente che formula la proposta. L'offerente dunque non ha alcun diritto a veder conclusa la procedura o, ancor più, a essere dichiarato aggiudicatario. Ne consegue che l'amministrazione può sempre decidere di non far luogo all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente od idonea in relazione all'oggetto del contratto.

I sistemi di scelta del contraente sono però, generalmente, comparativi e devono essere inquadrati nel vigente ordinamento dei Contratti Pubblici. Abbiamo già visto come ciascuno dei sistemi di scelta del contraente sia un vero e proprio procedimento amministrativo, le cui modalità di svolgimento sono disciplinate da norme di carattere generale, da specifiche disposizioni relative all'ambito dei Lavori Pubblici e dalle clausole del Capitolato Generale, integrate se del caso da quelle del Capitolato Speciale, e dalle disposizioni del bando di gara o della lettera d'invito.

Capitolati speciali, bandi e inviti sono provvedimenti predisposti dalla stessa amministrazione che indice la gara, e che contengono clausole o disposizioni che possono avere una duplice valenza: da un lato predeterminare il contenuto contrattuale, dall'altro disciplinare lo svolgimento della gara in funzione dell'interesse pubblico da perseguire, garantendone il corretto svolgimento. Del primo tipo saranno ad esempio tutte quelle clausole che identificano il contenuto della prestazione (oggetto, tempi modi di esecuzione e così via), del secondo quelle che indicano i tempi di presentazione dell'offerta, i requisiti di partecipazione, le modalità di aggiudicazione, e i criteri di valutazione. Questi ultimi costituiscono una autolimitazione dell'Amministrazione, che è tenuta ad osservarli al pari dei concorrenti, e costituiscono la così detta "lex specialis" della gara inderogabile ed immutabile per tutto il tempo di svolgimento della procedura.

2.1 Le procedure aperte

Le procedure aperte, storicamente conosciute come pubblici incanti della legislazione di contabilità di Stato, sono definite dall'art. 3, lett. sss), d.lgs. n. 50/2016, come *"le procedure di affidamento in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta"*.

Trattasi, quindi, di procedure nelle quali, a seguito della pubblicazione del bando, qualsiasi impresa in possesso dei requisiti prescritti può presentare offerta, senza necessità di essere appositamente invitata dalla stazione appaltante. L'elemento che differenzia la procedura aperta da quella ristretta è, dunque, il fatto che i soggetti interessati presentano la domanda di partecipazione contestualmente alla loro offerta (vi è dunque un'unica fase, a differenza dunque della struttura bifasica che caratterizza le procedure ristrette).

La procedura aperta consta delle seguenti fasi:

- redazione e pubblicazione del bando di gara, contenente la descrizione dell'oggetto e delle condizioni di realizzazione della prestazione;
- presentazione delle offerte;
- svolgimento della procedura di gara;
- aggiudicazione e stipula del contratto.

Fase 1: redazione e pubblicazione del bando

Elemento essenziale ed imprescindibile di tali procedure risulta essere proprio la pubblicazione del bando, ovvero dell'atto con cui la stazione appaltante manifesta all'esterno la propria volontà di affidare un contratto pubblico di lavori, servizi e forniture, rivolgendosi a qualunque operatore interessato ed in possesso dei requisiti di qualificazione necessari alla partecipazione alla procedura selettiva, requisiti che vanno indicati nella legge di gara.

Fase 2: presentazione delle offerte

È stato già evidenziato come, una volta indetta una procedura aperta, ogni operatore economico interessato può presentare contestualmente alla domanda di partecipazione la propria offerta.

In questa fase assume carattere di assoluto rilievo il termine di presentazione delle offerte. Sul punto deve sottolinearsi come vige il principio di tassatività dei termini: tale principio è inderogabile e vale per tutte le tipologie di procedure, dal momento che il termine è posto a tutela del fondamentale principio, anche di derivazione comunitaria, di parità di trattamento. Costituisce, dunque, causa di esclusione (o mancata ammissione!!) il mancato rispetto del termine di presentazione dell'offerta (o della domanda di partecipazione, Anac, determinazione n. 4/2012).

Impugnazione: ci si è chiesti se le clausole che fissano termini irragionevoli per la presentazione delle offerte vadano impugunate unitamente al provvedimento di aggiudicazione – atto applicativo della clausola ritenuta illegittima – atteso che solo in tale momento sorge l'interesse del concorrente ad impugnare il bando o vadano, di contro, impugunate immediatamente, posto che le stesse sono immediatamente lesive in quanto la previsione di termini ridotti per la presentazione delle offerte, non consentendo la consapevole formulazione di un'offerta tecnica (si pensi a gare aventi ad oggetto appalti complessi), impediscono in radice la stessa partecipazione dell'operatore economico alla gara. Come noto sul punto esistono i due tradizionali orientamenti: sul punto si veda Ad. Pl. 1/2003.

I termini di presentazione delle offerte

Anche il D.Lgs. n. 50/2016 prevede termini minimi di presentazione delle offerte; gli stessi, tuttavia, risultano ampiamente ridotti rispetto ai termini minimi richiesti dal D.Lgs. n. 163/2006.

In primo luogo, nel nuovo codice non vi è una norma generale di apertura come il "vecchio" art. 70 dedicato appunto ai "*Termini di ricezione delle domande di partecipazione e ricezione delle offerte*" il cui comma 1 prevedeva che "*Nel fissare termini per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione, le stazioni appaltanti tengono conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo*

ordinariamente necessario per preparare le offerte, e in ogni caso rispettano i termini minimi stabiliti nel presente articolo”.

Oggi, nel D.lgs. n. 50/2016 non vi è una norma generale sui termini, ma nell’articolo specifico dedicato ad ogni procedura sono previsti i rispettivi termini minimi di presentazione delle offerte.

Con riferimento alle procedure aperte, la seguente tabella indica le differenze, in fatto di termini, rispetto alla previgente disciplina:

D.Lgs. n. 50/2016 Art. 60 (Procedura aperta)	Direttiva 2014/24/CE Art. 27 (Procedura aperta)	D.Lgs. n. 163/2006 Art. 55 e Art. 70 (Termini di presentazione delle domande di partecipazione e di ricezione delle offerte)
Termini minimo: 35 giorni dalla trasmissione del bando di gara.	Termini minimo: 35 giorni dalla trasmissione del bando di gara.	Termini minimo: 52 giorni dalla trasmissione del bando di gara.
In caso di pubblicazione di un avviso di pre-informazione: 15 giorni	In caso di pubblicazione di un avviso di pre-informazione: 15 giorni	In caso di pubblicazione di un avviso di pre-informazione: 36 giorni
Per ragioni di urgenza: 15 giorni	Per ragioni di urgenza: 15 giorni	IPOTESI NON PREVISTA
IPOTESI NON PREVISTA	<u>Presentazione delle offerte per via elettronica</u> : riduzione di 5 giorni	<u>Redazione e trasmissione del bando per via elettronica</u> : riduzione di 7 giorni Ulteriore riduzione cumulabile di 5 giorni se ogni documento di gara è accessibile per via elettronica.
IPOTESI NON PREVISTA	IPOTESI NON PREVISTA	Se il contratto ha per oggetto anche la progettazione esecutiva: 60 giorni
IPOTESI NON PREVISTA	IPOTESI NON PREVISTA	Se il contratto ha per oggetto anche la progettazione definitiva: 80 giorni

Fase 3: Svolgimento della procedura di gara

Una volta presentate le offerte, la Stazione appaltante accerta la sussistenza dei requisiti richiesti di idoneità morale e professionale (ex art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, ora art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016: molte sono le distinzioni tra queste normative; oggi l'art. 80 limita (limitazione peraltro stigmatizzata dal CdS nel parere n. 855/2016 reso in sede di consultazioni) i motivi di esclusione precedentemente previsti).

Così valutati i requisiti morali, la stazione appaltante deve valutare le offerte presentate dai concorrenti che ne siano risultati in possesso ed aggiudicare la gara alla migliore offerta, secondo i criteri prescelti nel bando, al cui rispetto, come detto, è assolutamente vincolata.

Il criterio utilizzato può essere, alternativamente quello del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il Nuovo Codice sembra prediligere il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, certamente più rispondente ai principi comunitari dell'evidenza pubblica (la Stazione appaltante infatti con l'applicazione di tale criterio selezionerà il miglior contraente sulla base di molteplici criterio e non solo sulla base del prezzo).

Fase 4: Aggiudicazione e stipula del contratto

Si perviene così alla fase di aggiudicazione, provvisoria e definitiva della gara e successivamente alla fase di stipula del contratto di appalto o concessione tra la Stazione appaltante e l'operatore economico che è risultato il miglior contraente.