

Il Consiglio di Stato ha reso il parere sulle linee guida del codice dei contratti pubblici in tema di RUP, offerta economicamente più vantaggiosa e servizi di architettura ed ingegneria

[Cons. St., comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767](#)

La competente commissione speciale istituita presso le sezioni consultive di Palazzo Spada ha compiuto il richiesto esame delle linee guida in oggetto, predisposte in attuazione delle seguenti norme del codice degli appalti: art. 31 comma 5 in tema di Rup, art. 213 comma 2 in tema di offerta economicamente più vantaggiosa e di servizi di architettura ed ingegneria. Il parere risulta estremamente articolato, sia nell'inquadramento delle questioni esaminate che nel conseguente esame di dettaglio, accompagnato da una serie di proposte di modifica.

1. Inquadramento.

Preliminarmente, evidenziando l'assenza di obbligatorietà nella richiesta del parere, il testo prende le mosse dalla valorizzazione del ruolo consultivo del Consiglio di Stato, richiamando quanto già sottolineato con riferimento ai pareri resi sulla c.d. riforma Madia.

Dopo aver ribadito la qualificazione delle linee guida, nei termini già argomentati in sede di parere reso sul testo del codice (parere 1° aprile 2016, n. 855), la commissione speciale ha condiviso la forma di esposizione discorsiva del contenuto attuativo delle linee guida, in quanto coerente con la predetta natura giuridica; peraltro, a fronte del carattere sostanzialmente vincolante di alcune previsioni occorre, secondo il parere, che tali punti siano specificamente evidenziati al fine di garantire una maggiore certezza del diritto per gli operatori.

Vengono poi ribadite alcune misure finalizzate a garantire di recuperare in sede procedimentale il rischio di "gap democratico", tipico di regolazioni predisposte da autorità amministrative indipendenti, quali: una sistematica fase di consultazione; lo svolgimento di un'attenta analisi di impatto della regolamentazione (c.d. air) nonché della successiva verifica di impatto (c.d. vir); evitare una proliferazione di linee guida e la conseguente inflazione di regolazione.

Analoghe considerazioni di inquadramento vengono poi svolte dal parere anche per le linee guida non vincolanti.

2. Offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel dettaglio, il parere ha in primo luogo esaminato le linee guida in tema di offerta economicamente più vantaggiosa. In proposito, il parere sottolinea che le linee guida, sul punto, appaiono alla stregua di mere istruzioni operative per le stazioni appaltanti, in prevalenza finalizzate ad offrire a queste ultime formule e metodi di natura tecnico matematica sulla valutazione delle offerte e sull'assegnazione alle stesse di un punteggio numerico.

Il parere, dopo aver evidenziato l'impostazione minimale seguita dall'Anac, svolge una duplice considerazione: per un verso, ritiene condivisibile ed apprezzabile l'assenza di eccessivo dettaglio al fine di rispettare 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; per un altro verso, tuttavia, ritiene talvolta troppo generiche le indicazioni.

Le linee guida sul punto, infatti, attengono ad uno dei punti maggiormente qualificanti della riforma della materia, la valorizzazione del metodo di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che assume il connotato di modalità ordinaria e generale di aggiudicazione degli appalti, a fronte del dichiarato sfavor per quello del prezzo più basso.

A titolo esemplificativo, a fronte della raccomandazione relativa all'introduzione nei bandi di criteri compensativi, il parere 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.

3. Il responsabile unico del procedimento.

Con riferimento al secondo ambito interessato dallo schema in esame, la disciplina del Rup, le linee guida hanno, nella ricostruzione del parere, un duplice contenuto: da un lato l'attuazione dell'art. 31, comma 5; dall'altro lato, la formulazione di indicazioni interpretative delle disposizioni dell'art. 31 codice nel suo complesso. Sul primo versante, le linee hanno portata vincolante, mentre sul secondo, nella parte in cui forniscono una esegesi dell'art. 31 nel suo complesso, sono adottate ai sensi dell'art. 213, comma 2, codice dei contratti pubblici, e hanno una funzione di orientamento e moral suasion.

Sulla base di tale ricostruzione il parere suggerisce, per ragioni di certezza e chiarezza in ordine a portata e contenuti, di distinguere le linee guida in due parti, differenziate 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.

Vengono quindi elencate una serie di modifiche di dettaglio, sempre proposte alla luce del predetto criterio.

A titolo esemplificativo, il parere segnala come esuli dai limiti individuati dalla norma del codice oggetto di attuazione la fissazione del contenuto indefettibile del provvedimento di nomina del Rup, ivi compresa la necessaria indicazione dei poteri di delega conferiti e delle risorse messe a disposizione per lo svolgimento delle funzioni.

4. Affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria.

Il terzo ed ultimo gruppo di linee guida, avente carattere non vincolante, vengono inquadrati dal parere come connesse alla condivisa esigenza di riordinare la materia dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria.

Viene quindi richiamata, in termini di inquadramento, la primaria finalità sostituire la previgente complessa disciplina con quella, di carattere certamente «più snello ed essenziale» ma comunque frammentaria, contenuta nel nuovo codice dei contratti pubblici. In definitiva, emerge come l'atto regolatorio proposto intervenga a colmare da subito 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.

Dall'esame del testo proposto emerge prima la definizione dell'ambito di applicazione delle linee guida, in specie attraverso il richiamo alla nozione recata dall'art. 3, lett. vvvv), del codice (cap. I). Sul punto peraltro viene segnalata la mancanza di ulteriori specificazioni, richieste in sede di consultazione pubblica. Quindi, le linee guida passano ad enunciare i principi generali ricavabili dalla normativa primaria, ed in particolare agli artt. 23 e 24 del codice. 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.

In termini applicativi, le linee guida dettano alcune indicazioni operative a beneficio delle stazioni appaltanti in sede di affidamento dei servizi in esame. In via generale, il parere evidenzia una funzione generale delle linee guida in esame: quella di interpretazione del dato normativo primario.

Vengono quindi elencate una serie di modifiche di dettaglio, sempre proposte alla luce del predetto inquadramento. A titolo esemplificativo, il parere segnala, fra le varie indicazioni estremamente dettagliate, l'esistenza di una disciplina non univoca circa la necessità della relazione geologica, e quindi della presenza della figura del geologo, negli appalti integrati.

Sempre a titolo esemplificativo del livello di approfondimento e delle questioni affrontate, anche sulla scorta dell'esperienza giurisprudenziale, in tema di criteri per la valutazione delle offerte, il parere segnala 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». Né quest'ultima previsione appare conforme al carattere non vincolante delle linee guida, nella misura in cui introduce un obbligo normativamente non previsto.