

01 Mag 2019

Speciale Sblocca-cantieri/3. Esame offerte prima dei requisiti: occhio ai rischi

Jacopo Recla e Serena Selva

Una delle principali novità del decreto Sblocca-cantieri riguarda la previsione che consente una radicale "inversione procedimentale" nell'esame delle offerte relative a procedure di valore inferiore alla soglia comunitaria. Il Dl 32/2019 sostituisce infatti il previgente comma 5 dell'art. 36 con la disposizione secondo cui «le stazioni appaltanti possono decidere che le offerte siano esaminate prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti». Trattandosi appunto di una mera facoltà, la norma precisa che essa «può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la procedura».

Di conseguenza, nelle procedure i cui bandi verranno pubblicati o gli inviti verranno inviati dopo l'entrata in vigore del Dl (19 aprile 2019), le stazioni appaltanti avranno la possibilità di decidere, nell'esercizio della propria discrezionalità, di non osservare il tradizionale ordine di esame delle offerte - secondo cui la verifica della sussistenza dei requisiti precede l'apertura delle buste tecniche ed economiche - per anticipare invece l'esame delle offerte prima della verifica del possesso dei requisiti di partecipazione.

La fonte comunitaria e le analoghe previsioni nazionali e regionali

L'intervento del decreto è solo apparentemente innovativo in quanto la facoltà di svolgere la verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti dopo l'esame delle offerte non solo recepisce l'art. 56, comma 2, della direttiva 2014/24/UE, ma è anche già presente nel Dlgs. 50/2016. E infatti, con riferimento - solo - ai settori speciali, l'art. 133 prevede al comma 8 la possibilità, nelle procedure aperte, di «decidere che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti» (e anche tale norma è ora stata in parte modificata dal Dl).

Peraltro, il medesimo legislatore ha valutato in più occasioni di applicare anche al di fuori dei settori speciali la facoltà di inversione procedimentale: una simile disposizione era infatti già presente sia nella prima bozza del Dl 90/2014, ma non è stata poi confermata nella versione definitiva del testo.

Anche in occasione del Decreto Correttivo (Dlgs 56/2017) è stata ipotizzata una analoga norma e nel parere reso in relazione a tale decreto, il Consiglio di Stato (Commissione Speciale, 30 marzo 2017, n. 782) segnalava che se da un lato «è chiaro l'intento del Governo di semplificare le gare per evitare che all'apertura delle offerte si giunga solo dopo l'esame di (a volte) numerosissime domande di partecipazione e della relativa documentazione» dall'altro lato «tuttavia tale modus procedendi potrebbe generare dubbi di carattere applicativo e contenzioso». Anche in tale ipotesi, in ogni caso, la norma non è poi stata confermata nel testo del Decreto Correttivo.

Infine, anche nella bozza del Dl 135/2018, si è assistito ad un ulteriore tentativo di inserire tale facoltà, ma ancora una volta la previsione non è confermata nel testo definitivo, rimanendo quindi circoscritta ad oggi solo ai settori speciali (art. 133, comma 8 D.Lgs. 50/2016).

A livello regionale e provinciale sono invece già vigenti analoghe disposizioni, sia nella Provincia Autonoma di Bolzano l'art. 4 della L.P. 26 settembre 2014, n. 8 che ha introdotto l'art. 23-bis nella L.P. 22 ottobre 1993, n. 17, che facoltizza l'inversione procedimentale in tutte le tipologie di procedura di gara, sia nella Regione Toscana ad opera dell'art. 1 comma 1 della Lr 6 agosto 2018, n. 46 secondo cui - nelle procedure negoziate sotto soglia, da aggiudicare con il criterio del minor prezzo - le stazioni appaltanti possono decidere di esaminare le offerte economiche prima di verificare la documentazione amministrativa attestante l'assenza dei motivi di esclusione ed il rispetto dei criteri di selezione.

Ebbene, proprio in relazione a tale norma regionale, il Governo ha recentemente proposto ricorso per questione di legittimità costituzionale ritenendo che essa si ponga in violazione dell'art. 117, comma 2, lett. e) Cost. che attribuisce allo Stato la legislazione esclusiva in materia di "tutela della concorrenza" in quanto in contrasto con l'art. 56 comma 2 della direttiva 2014/24/UE, la quale ammette tale possibilità limitatamente alle procedure aperte.

I vantaggi e le possibili criticità

In attesa anche della pronuncia della Corte Costituzionale, sarà dunque interessante verificare se e con quali modalità le stazioni appaltanti daranno applicazione alla nuova previsione del comma 5 dell'art. 36 del Dlgs. 50/2016 (la quale imporrà anche rilevanti interventi di adeguamento operativo per le procedure di gara svolte mediante piattaforme telematiche).

L'intervento del decreto Sblocca-cantieri risponde infatti senza dubbio alle legittime esigenze di semplificazione e di celerità che dovrebbero propriamente caratterizzare lo svolgimento in particolare delle procedure sotto soglia, consentendo di eliminare la necessità di un controllo generalizzato delle (anche numerosissime) offerte amministrative di tutti i concorrenti e della relativa documentazione.

Tuttavia, lo stesso legislatore è conscio delle problematiche che possono derivare da tale inversione procedimentale, ed infatti il medesimo comma 5 si premura di precisare che «se si avvalgono di tale facoltà, le stazioni appaltanti verificano in maniera imparziale e trasparente che nei confronti del miglior offerente non ricorrano motivi di esclusione e che sussistano i requisiti e le capacità di cui all'articolo 83 stabiliti dalla stazione appaltante».

Ebbene, malgrado tale (corretta) previsione di principio in ordine alla "imparzialità" e alla

"trasparenza", non possono essere trascurati i potenziali rischi che derivano in concreto dalla conoscenza dell'offerta economica prima della valutazione della sussistenza dei requisiti.

Ed infatti, come è noto, la giurisprudenza ha più volte affermato che la previa conoscenza del contenuto (in particolare) dell'offerta economica potrebbe influenzare le conseguenti valutazioni in ordine alle altre componenti dell'offerta (ex multis Cons. Stato, Sez. V, 20 luglio 2016, n. 3287 secondo cui «il giudizio della Commissione aggiudicatrice era caratterizzato da margini di apprezzamento discrezionale, (...) e ciò impediva, alla luce degli enunciati principi, che la valutazione dell'offerta tecnica potesse avvenire dopo aver preso conoscenza di elementi concernenti l'offerta economica»).

Di recente Tar Toscana, sez. II, 29 ottobre 2018, n. 1391 si è pronunciato proprio in relazione su un'ipotesi di *lex specialis* che prevedeva l'anticipazione dell'esame delle offerte prima della alla valutazione dei requisiti di partecipazione. Ebbene, il Tar ha accolto il ricorso, e annullato conseguentemente la normativa di gara, affermando che «la preventiva conoscenza dell'offerta economica è in grado di influire non solo sui giudizi da assegnare alla qualità delle offerte (...) ma anche sulle decisioni in merito all'ammissione dei concorrenti alla procedura».

Ed infatti, come è noto, la valutazione della sussistenza dei requisiti presuppone valutazioni non sempre automatiche, ma anche discrezionali, come ad esempio in relazione all'art. 80, comma 5, lett. c) D.Lgs. 50/2016 il quale, come è stato affermato più volte, «attribuisce, dunque, alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di "integrità o affidabilità" dei concorrenti» (Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592).

Ebbene, atteso che alcune valutazioni discrezionali potrebbero dover essere svolte dopo la conoscenza della componente (soprattutto) economica dell'offerta, appaiono evidenti i «dubbi di carattere applicativo e contenzioso» che il Consiglio di Stato aveva già segnalato in sede di parere sul Decreto Correttivo (D.Lgs. 56/2017) quando era stata ipotizzata l'introduzione di una analoga disposizione.