

Corso di aggiornamento professionale sul tema

AGGIUDICAZIONE DEI LAVORI PUBBLICI: RUOLO E RESPONSABILITA' DEI PROFESSIONISTI NELLE COMMISSIONI DI GARA

Risposte del prof. Greco a quesiti avanzati dagli iscritti al Corso.

Quesito:

La ns. è una società *in house*, in quanto tale, eroga servizi diversi per conto dell'Ente Pubblico e su suo diretto affidamento a mezzo convenzioni.

A nostra volta ci troviamo spesso a dover esternalizzare parte delle attività e in alcuni casi, in base agli importi, seguiamo la procedura di gara informale con lettere d'invito a presentare offerta con il criterio del massimo ribasso.

In seguito alla lezione n. 4 ci poniamo i seguenti quesiti:

1. Nelle gare informali con lettere d'invito a presentare offerta le modalità di aggiudicazione riportate nel disciplinare-capitolato possono prevedere che il procedimento di gara avverrà in forma non pubblica (sia per per l'apertura dei plichi contenenti le offerte e sia per la formulazione della graduatoria), o al contrario è obbligatorio prevedere che la seduta di gara sia pubblica e, in quanto tale aperta al pubblico? E se aperta deve esserlo solo ai concorrenti o anche alle ditte invitate che non hanno però presentato offerta?

2. Nelle su indicate procedure la commissione deve essere sempre nominata per iscritto? Da chi, dal responsabile del procedimento o dal rappresentante aziendale? I ruoli della commissione (presidente, segretario) devono essere sempre individuati? In caso affermativo da chi? Per iscritto?

3. In caso di assenza del responsabile del procedimento la commissione può riunirsi e procedere con le attività di gara? In caso affermativo che poteri e responsabilità detiene la commissione?

3. In base all'art 84 del codice nelle gare informali la commissione è tenuta a verbalizzare tutto? anche l'eventuale assenza della maggioranza dei componenti e quindi la mancata attivazione del procedimento?

4. Le responsabilità di aggiudicazione provvisoria e definitiva sono in campo al responsabile del procedimento o al rappresentante aziendale? Nel caso in cui le due figure coincidano, ci sono incompatibilità? Sempre nel caso di coincidenza tra le due figure chi firma (vale a dire con quale titolo) tutta la documentazione di gara, durante tutto il procedimento?

5. La documentazione prodotta dalla commissione (verbale apertura offerte con controllo documentazione e verbale finale) devono essere notificati a tutti i concorrenti? Le comunicazioni di aggiudicazione provvisoria e definitiva possono essere notificate solo all'aggiudicatario o devono essere trasmesse a tutti i concorrenti, anche se non lo hanno richiesto?

6. Si è detto che le commissioni devono avere una maggioranza tecnica rispetto al personale amministrativo. Questo è valido anche nelle procedure su indicate (gare informali con criterio di massimo ribasso)?

7. In generale, quanto detto per le commissioni di gare pubbliche, compreso il discorso delle incompatibilità, è valido sempre anche per le gare con lettere d'invito a presentare offerta con il criterio del massimo ribasso ci sono delle eccezioni?

Risposta:

Occorre premettere che per "gara informale" si intende, evidentemente, una gara a trattativa privata in cui la selezione dei soggetti con cui negoziare avviene attraverso un bando pubblico (in questo caso, una lettera d'invito): si tratta, dunque, di una procedura negoziata per la quale devono sussistere i presupposti di legge (in particolare, quelli dell'art. 56 del Codice, trattandosi di trattativa privata preceduta da un bando).

Diamo per scontato che essi sussistano ed esaminiamo i quesiti specifici da Voi formulati:

1) Il principio di pubblicità delle operazioni di gara è considerato inderogabile per qualsiasi tipo di gara, e la giurisprudenza lo ha ritenuto cogente anche per le gare informali (cfr. TAR Milano, sez. I, 28 luglio 2008, nr. 3046); esso può soffrire eccezioni solo per l'esame delle offerte tecniche (che però nel Vostro caso, trattandosi di gare da aggiudicare col criterio del massimo ribasso, per definizione non c'è). Per cui le sedute devono essere pubbliche, con ciò intendendosi che può assistervi il "pubblico", quindi non solo anche i rappresentanti delle ditte che non hanno presentato offerte, ma chiunque.

2) Trattandosi di gare da aggiudicare col criterio del massimo ribasso, non sarebbe obbligatoria la nomina di una commissione, visto che l'art. 84 del Codice la impone solo laddove si adotti il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La stazione appaltante può decidere ugualmente di nominarla, e in tal caso dovrà essere nominata dal responsabile del procedimento: al riguardo, per quanto riguarda la Vostra specifica posizione, si applica l'art. 10, comma 9, del Codice, che prevede che anche le stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni o enti pubblici sono tenute a nominare un responsabile unico del procedimento di gara, in base alle proprie norme interne; naturalmente, costui ben potrà essere scelto nella persona del rappresentante aziendale. Per evidenti ragioni di trasparenza, ritengo preferibile che la nomina avvenga con atto scritto, e che in essa sia chiaramente individuato sia il presidente che il segretario della commissione.

3) Non è necessaria la presenza del responsabile del procedimento alle operazioni della commissione, a meno che egli stesso non faccia parte della commissione stessa (cosa che in questo tipo di gare è ben possibile: v. risposta seguente sulle incompatibilità). In ogni caso, la commissione ha piena autonomia di valutazione, trovando il solo limite del rispetto delle regole stabilite nel bando e/o nella lettera d'invito.

3bis) Vanno verbalizzati solo i momenti salienti delle operazioni di gara. Se la commissione non è al completo dei suoi componenti (non basta la maggioranza, attenzione!), non può validamente operare, e pertanto dovrà verbalizzare unicamente tale impossibilità e aggiornare i propri lavori: secondo me anche alle gare informali si applica il principio della collegialità perfetta, per cui devono essere sempre presenti tutti i componenti della commissione.

4) L'aggiudicazione provvisoria non deve essere firmata dal responsabile del procedimento, perché è dichiarata a verbale dalla commissione a conclusione dei suoi lavori; il responsabile del procedimento potrà comunicarla alla ditta che avrà offerto il massimo ribasso, qualora vi sia da accertare dei requisiti o avviare una successiva fase negoziata, ma essa resta atto della commissione. Al contrario, l'aggiudicazione definitiva è

atto del responsabile del procedimento e da questi deve essere sempre firmata. Laddove egli coincida col rappresentante aziendale, secondo me gli atti di gara deve sempre e comunque firmarli nella qualità di responsabile del procedimento (solo in sede di stipula del contratto, ovviamente, comparirà il legale rappresentante della società aggiudicatrice).

5) I verbali di gara e l'aggiudicazione provvisoria non devono essere notificati a nessuno, perché sono atti redatti in occasione di sedute pubbliche, alle quali le imprese se vogliono possono presenziare (se non lo fanno, sarà loro onere chiedere l'accesso agli atti di gara). Al contrario, l'aggiudicazione definitiva va tempestivamente notificata a tutti i concorrenti.

6-7) In questo caso, data la natura della procedura (criterio del massimo ribasso) non è necessario che la commissione sia composta in prevalenza di tecnici (la verifica dei prezzi è operazione che non richiede una specifica competenza tecnica), e inoltre non dovrebbero applicarsi le cause di incompatibilità di cui ai commi 4, 5 e 6 dell'art. 84 (non c'è valutazione discrezionale, quindi non c'è pericolo di condizionamenti del giudizio).

**Corso di aggiornamento professionale sul tema
AGGIUDICAZIONE DEI LAVORI PUBBLICI:
RUOLO E RESPONSABILITA' DEI PROFESSIONISTI NELLE COMMISSIONI DI GARA**

Risposte del prof. Greco a quesiti avanzati dagli iscritti al Corso.

Quesiti:

- Le Stazioni Appaltanti sono obbligate a richiedere che le offerte siano corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all'art. 87, comma 2, Codice dei contratti?
- Se nel bando tale obbligo è previsto, si deve procedere all'esclusione di coloro che non le hanno presentate o dare termine per presentarle?
- Se nel bando o nella lettera di invito non viene fatta alcuna menzione a tale obbligo, i concorrenti sono comunque obbligati a presentarle? Si deve procedere ad escludere coloro che non le hanno presentate?
- Nell'ipotesi in cui non è esercitabile la facoltà di esclusione prevista dall'art. 122, comma 9 (per i lavori) e dall'art. 124, comma 8 (per i servizi e forniture) del Codice dei Contratti, in quanto le offerte ammesse sono inferiori a dieci, qual è il passo che deve compiere la Stazione Appaltante? Chiedere le giustificazioni e valutarle?

Risposte:

Alla stregua dell'art. 86, comma 5, del Codice, le stazioni appaltanti sembrerebbero sempre obbligate a chiedere le giustificazioni preventive (salvo a chiedere ulteriori giustificazioni, a norma dell'art. 87, in caso di anomalia dell'offerta).

Tuttavia, la giurisprudenza non è concorde in ordine ai problemi se la mancata presentazione delle giustificazioni preventive determini l'esclusione dalla gara, e se i concorrenti siano tenuti a presentarle anche laddove il bando di gara non lo preveda: un primo indirizzo, più rigoroso, ritiene che l'obbligo di indicazione delle giustificazioni preventive discenda direttamente dalla legge, e pertanto conclude che i concorrenti siano sempre tenuti a presentarle (indipendentemente da un'espressa previsione del bando) e vadano sanzionati sempre con l'esclusione se non lo fanno (Tar Bari, sez. I, 4 settembre 2008, n. 2043); al contrario, un diverso orientamento osserva che l'art. 87 non contempla alcuna sanzione per il caso di mancata allegazione delle giustificazioni preventive, e che la norma ha il solo scopo di rendere più agevole e spedita la successiva verifica di congruità delle offerte ai sensi dell'art. 87, concludendo addirittura che sarebbe illegittima la clausola del bando che prevedesse l'esclusione (Tar Piemonte, sez. I, ord. 8 novembre 2008, n. 897).

In definitiva, il consiglio è di inserire sempre nel bando, ove possibile, la richiesta delle giustificazioni "preventive" (appunto, per rendere più rapida e agevole la verifica successiva delle offerte), ma di evitare - sempre ove possibile - il ricorso alle sanzioni di esclusione, rimettendo tali determinazioni alla successiva verifica di anomalia ex art. 87.

Quanto all'ulteriore quesito, relativo agli appalti sotto soglia comunitaria (a questi, infatti, si applicano gli artt. 122 e 124), va detto che la Corte di giustizia della Comunità Europea ha sempre ritenuto che l'esclusione automatica delle offerte anomale sia illegittima, in quanto il principio del contraddittorio nella verifica di congruità delle offerte è un principio fondamentale del diritto comunitario, essendo legato ai principi di trasparenza, par condicio e non discriminazione (da ultimo, sent. 15 maggio 2008, cause C-147/06 e 148/06).

Pertanto, poiché agli appalti sotto soglia, pur esclusi dalla disciplina generale del Codice, si applicano comunque i principi fondamentali del diritto comunitario, si deve ritenere che

al di fuori dei casi in cui gli artt. 122 e 124 consentono l'esclusione automatica occorra il contraddittorio con il concorrente la cui offerta è sospetta di anomalia: al riguardo, non c'è un richiamo specifico al primo comma dell'art. 86 circa la richiesta delle giustificazioni, ma in ogni caso la stazione appaltante deve contestare al concorrente gli aspetti anomali dell'offerta economica e consentirgli di replicare (tanto meglio, quindi, se lo farà usando il meccanismo delle giustificazioni).