

Procedura aperta - Articolo 60 del nuovo codice dei contratti pubblici

di Francesco Caringella, Mariano Protto

Data di pubblicazione: 5-2-2019

pillole di dottrina

SOMMARIO: I COSA CAMBIA: 1. Inquadramento della disposizione - 2. Evoluzione normativa e novità di disciplina. II INDICAZIONI OPERATIVE: 1. La scelta della procedura. III QUESTIONI APERTE: 1. L'onere motivazionale sulla scelta della procedura aperta.

I COSA CAMBIA:

1. Inquadramento della disposizione.

L'articolo 60 disciplina la procedura aperta, che è il tipo di procedura che, assieme a quella ristretta, compone il quadro delle procedure di tipo ordinario e di generale utilizzo (per contrapposizione alle altre contemplate all'art. 59, alle quali si può ricorrere solo in presenza delle condizioni di legge); anzi, proprio per la sua apertura a "qualsiasi operatore interessato" può in qualche modo dirsi la procedura a evidenza pubblica per antonomasia, quella che garantisce in linea teorica il più ampio accesso alla gara, e anche per tale ragione nella legislazione di contabilità era considerato il sistema generale di scelta del contraente (v. art. 3 R.D. 18 novembre 1923, n. 2440). La caratteristica della procedura aperta, infatti, è che "qualsiasi operatore interessato", avuta notizia dell'indizione della gara, può presentare offerta entro il termine assegnato, accompagnandola con le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa. Non essendovi, come detto, limiti alla utilizzabilità di questo schema di procedura da parte delle stazioni appaltanti, la norma si occupa essenzialmente di disciplinare il termine che le stazioni appaltanti devono garantire ai concorrenti tra la indizione della gara e la presentazione delle offerte, prevedendo anzitutto come regola generale un termine dilatorio minimo di trentacinque giorni dalla data di trasmissione del bando (termine minimo ordinario), e come possibili deroghe due particolari situazioni, con le relative condizioni:

- qualora le amministrazioni aggiudicatrici abbiano pubblicato un avviso di preinformazione che non sia stato usato come mezzo di indizione di una gara, che sia stato inviato alla pubblicazione da non meno di trentacinque giorni e non oltre dodici mesi prima della data di trasmissione del bando di gara e che contenga tutte le informazioni richieste per il bando di gara di cui all'allegato XIV, parte I, lettera B, sezione B1 (sempreché queste siano disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso di preinformazione), il termine minimo può essere ridotto sino a quindici giorni (comma 2, lett. a e b);

- ugualmente, il termine può essere ridotto sino a quindici giorni se, per ragioni di urgenza

debitamente motivate dall'amministrazione aggiudicatrice, il termine minimo di trentacinque giorni stabilito al comma 1 non può essere rispettato (comma 3);

- e, con le modifiche introdotte dal decreto correttivo, il termine (ordinario) può essere ridotto di cinque giorni nel caso di presentazione di offerte per via elettronica (comma 2-bis).

Vale sempre, inoltre, la regola generale, enunciata dall'art. 79 del codice, secondo la quale nel fissare i termini le amministrazioni aggiudicatrici devono tener conto della complessità dell'appalto e del tempo necessario ai candidati per preparare le offerte, fatti salvi in ogni caso i termini minimi stabiliti negli articoli da 60 a 63 per le singole tipologie di procedura. E valgono, altresì, le ulteriori precisazioni e prescrizioni che sono operate nello stesso art. 79 in ordine alla fissazione dei termini e alla loro eventuale proroga (per le quali si manda al relativo commento).

Per il resto, la gara si caratterizza - rispetto alle altre procedure - per svolgersi in una sola fase, nell'ambito della quale - in estrema sintesi - la stazione appaltante verifica l'ammissibilità dei concorrenti, ne valuta le offerte e aggiudica il contratto.

Naturalmente nella gara possono sorgere questioni incidentali e svilupparsi sub - procedimenti - come ad esempio l'ipotesi del soccorso istruttorio, la verifica delle offerte anormalmente basse, etc. - di cui si darà conto nei commenti delle relative disposizioni.

Le modifiche processuali introdotte dal codice, poi, imponendo l'anticipazione delle impugnazioni relative alle ammissioni di tutti i concorrenti alla gara, provocheranno verosimilmente un temporaneo congelamento della gara all'esito delle prime operazioni di ammissione in attesa del definitivo consolidarsi della platea dei concorrenti legittimati a proseguire nella procedura.

2. Evoluzione normativa e novità di disciplina.

L'art. 60 traspone in maniera pressoché letterale l'art. 27 della direttiva (non pare, a tal proposito, significativa la circostanza che al comma 3 si condizioni la possibilità di ridurre il termine al caso di sussistenza di ragioni di urgenza debitamente "motivate", anziché debitamente "dimostrate", come si legge nella direttiva), salvo che per il mancato recepimento del comma 4, che avrebbe dovuto consentire alle stazioni appaltanti di ridurre di cinque giorni il termine per la ricezione delle offerte se accettano che queste ultime possano essere presentate per via elettronica. Come ha segnalato il Consiglio di Stato nel parere consultivo (Parere consultivo sullo schema di codice di cui all'Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016), detta scelta integra un caso di gold plating, ossia di "introduzione o mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive", tale da richiedere menzione nella relazione AIR (Analisi dell'impatto della regolamentazione), ai sensi dell'art. 14, comma 24-quater, della legge n. 246/2005 (ai sensi del quale "L'amministrazione dà conto delle circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria").

Rispetto alla disciplina previgente risulta- no modificati i termini, poiché mentre a norma dell'art. 70, comma 2, del vecchio codice, il termine minimo era di cinquantadue giorni, ora come si è visto è ridotto a trentacinque; inoltre, nel caso di utilizzo di avviso di preinformazione, era previsto che il termine fosse ridotto a trentasei giorni e comunque mai a meno di ventidue (né a meno di cinquanta giorni se il contratto ha per oggetto anche la progettazione definitiva ed esecutiva), mentre ora può essere ridotto sino a quindici.

Di pari passo, poi, con la affermazione della eccezionalità – ora peraltro attenuata – dell'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori, non è riprodotta né in questa disposizione né nell'art. 79 (che si occupa in via generale della fissazione dei termini) la regola, prima contenuta nell'art. 70, comma 6, del vecchio codice, secondo la quale in tutte le procedure, quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione esecutiva, il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a sessanta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o di invio dell'invito e quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione definitiva, il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a ottanta giorni con le medesime decorrenze.

La regola di cui al comma 3, secondo la quale il termine può essere ridotto sino a quindici giorni nel caso di impellente urgenza debitamente motivata, risultava in precedenza affermata solo per le procedure ristrette e per quelle negoziate con pubblicazione di un bando di gara, oltretutto nei casi di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati (art. 70, comma 11, del vecchio codice).

La norma è stata modificata dal decreto correttivo con la introduzione del comma 2-bis, che contempla la possibilità di ridurre il termine di cinque giorni nel caso di presentazione di offerte per via elettronica.

Riguardo quest'ultima previsione, con il parere consultivo n. 782/2017 la Commissione speciale del Consiglio di Stato ha segnalato che la norma del correttivo originariamente sottoposta alla sua verifica, stabilendo erroneamente la possibilità di ridurre di cinque giorni il termine di cui al comma 2 anziché di cui al comma 1, poteva ingenerare l'equivoco che il termine suscettibile di essere ridotto fosse quello (già ridotto) di quindici giorni anziché quello ordinario di trentacinque giorni. La norma poi licenziata in via definitiva ha corretto l'errore e chiarito l'equivoco.

II INDICAZIONI OPERATIVE

1. La scelta della procedura.

Trattandosi di procedura ordinaria e - come si è detto - di massima apertura alla più ampia partecipazione, non dovrebbero sorgere particolari problemi legati alla scelta della procedura, se non quello di motivare - se del caso - la opzione per questo schema in luogo di quello della procedura ristretta nel caso ricorrano i presupposti di cui all'art. 55, comma 2, del vecchio codice (sul che si veda quanto appresso osservato in sede di "questioni aperte").

Massima attenzione va invece senz'altro posta al termine assegnato ai concorrenti per

presentare l'offerta, specie qualora si opti per la riduzione del termine ordinario di trentacinque giorni in presenza delle condizioni legittimanti. La sussistenza di dette condizioni, e in particolare di quella sostanzialmente discrezionale di cui al comma 3 (l'impellente urgenza) va - come dice la norma - debitamente motivata e occorrendo - come dice l'art. 27 della direttiva - dimostrata.

III QUESTIONI APERTE

1. L'onere motivazionale sulla scelta della procedura aperta.

Come si è visto, la scelta della procedura da parte delle amministrazioni aggiudicatrici presenta profili di indubbia delicatezza, sia sotto quanto alla adeguatezza della procedura prescelta a soddisfare al meglio le esigenze dell'amministrazione e raggiungere gli obiettivi perseguiti con la selezione, sia quanto al rispetto delle condizioni di legge per far ricorso all'una o all'altra tipologia.

Deve essere motivato il ricorso alla procedura aperta?

In linea di principio, considerando che si tratta di una delle due tipologie di procedura di tipo ordinario, l'utilizzo della quale non è subordinato a specifiche condizioni, e che il tipo di procedura che garantisce in linea di principio il più ampio accesso alla gara, non sembra richiesta particolare motivazione.

Mentre la scelta di una procedura "speciale" impone adeguata motivazione, specie qualora si opti per uno schema - come la procedura negoziata senza pubblicazione di bando - che sottrae l'appalto alla preventiva pubblicità e massima apertura al mercato, normalmente la scelta di una procedura aperta (così come di una procedura ristretta) non crea problemi di motivazione o di giustificazione particolare.

Tuttavia, anche considerando che nel vecchio codice vi era una espressa indicazione di preferenza per le procedure ristrette, prima contenuta all'art.55, comma 2, del vecchio codice, nel caso di affidamento involgente anche la fase progettuale ovvero quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è preferibile che anche il ricorso alla procedura aperta venga in qualche modo motivato, specie in presenza delle ricordate condizioni che nel regime previgente avrebbero invece comportato l'opzione preferenziale per la procedura ristretta.