

L'UTILIZZO DEL CRITERIO DEL "MINOR PREZZO" NELLE PROCEDURE NEGOZiate DI LAVORI INFERIORI A € 1.000.000 ALLA LUCE DEL DECRETO LEGISLATIVO "CORRETTIVO" N. 56 DEL 2017

Federico Busbani

In data 5 maggio 2017 è stato pubblicato, nel S.O. n. 22 della Gazzetta Ufficiale n. 103, il Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56, recante "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", sulla scorta della facoltà riportata nella Legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 - recante deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE – la quale statuisce che "entro un anno dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1 il Governo può adottare disposizioni integrative e correttive nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura di cui al presente articolo".

Tale apparato correttivo trova estrinsecazione in diverse modifiche di natura formale e, soprattutto, sostanziale apportate al d.lgs. 50 del 2016, ma tra le variazioni più contraddittorie è opportuno segnalare e affrontare quella inerente all'interpretazione della modifica apportata dal correttivo all'art. 95, comma 4, lett. a) d.lgs. 50 del 2016, la quale, senza tema di smentita, comporta diverse difficoltà ermeneutiche in fase di applicazione del criterio del minor prezzo agli appalti di lavori di valore inferiore alla soglia di € 1.000.000, come definita all'art. 36, comma 2, lett. d), d.lgs. 50 del 2016.

In particolare l'art. 95, comma 4, lett. a), come da ultimo integralmente modificato, dispone che "può essere utilizzato il criterio del minor prezzo [...] fermo restando quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera d), per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo; in tali ipotesi, qualora la stazione appaltante applichi l'esclusione automatica, la stessa ha l'obbligo di ricorrere alle procedure di cui all'articolo 97, commi 2 e 8"; al pari il richiamato art. 36, comma 2, lettera d) impone, nella definizione della soglia massi-



ma di applicabilità delle procedure negoziate per i lavori sotto-soglia, l'utilizzo delle procedure ordinarie “*per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro*” con l'aggiunta da parte del correttivo dell'inciso “*fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 4, lettera a)*”.

Evidente risulta sin da una prima lettura del combinato normativo un marcata frattura tra l'interpretazione conferibile sotto il profilo linguistico-letterale e il profilo logico-sistematico, in particolare avuto riguardo all'inciso da ultimo introdotto all'art. 95, comma 4, lett. a), “*quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie*”.

Una lettura testuale dell'articolo sembrerebbe sancire che il criterio del minor prezzo possa essere utilizzato sino alla, nuova e maggiorata, somma di € 2.000.000 (prima del correttivo il limite era di € 1.000.000) per i lavori predisposti sulla base di un progetto esecutivo, solamente nel caso in cui l'affidamento dei lavori avvenga con procedure ordinarie. Premesso che per procedure ordinarie il testo dovrebbe riferirsi a quelle riportate agli artt. da 59 a 65 del d.lgs. 50 del 2016, tale lettura restrittiva apparrebbe ulteriormente suffragata dall'introduzione dell'inciso “*fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 4, lettera a)*” all'interno del riformato art. 36, comma 2, lettera d).

Il nodo interpretativo verte proprio sul significato che si intende conferire a tale ultimo passaggio: da una parte sembrerebbe che la locuzione “fermo restando” nel richiamare l'art. 95, comma 4, lettera a) possa ricordare al lettore la possibilità di applicare il minor prezzo fino alla soglia di € 2.000.000 e, pertanto, anche nelle ipotesi di negoziata sotto soglia; dall'altra parte si potrebbe interpretare il medesimo richiamo, letto in combinato disposto con il passaggio “*quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie*” riportato nel richiamando articolo 95, come una limitazione piuttosto che una specificazione.

Secondo tale ultima visione il vicendevole richiamo operato dalle due norme (art. 95 e art. 36) parrebbe conferire alla specificazione “*quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie*” una connotazione prettamente restrittiva, operando sotto il profilo quantitativo non soltanto dell'ambito di applicabilità del criterio di aggiudicazione del minor prezzo, quanto soprattutto in relazione alla deterrenza (indiretta) circa l'applicabilità della procedura negoziata ex art. 36 negli appalti di lavori inferiori ad € 1.000.000.

In particolare, indirettamente l'obbligo di applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il criterio qualità/prezzo alle procedure

negoziare sotto-soglia per i lavori di valore inferiore ad € 1.000.000, valore sotto al quale si riferisce oltre l'80% delle procedure di appalto aggiudicate ogni anno in Italia, comporterebbe una logica compressione di quest'ultima semplificata modalità di gara a fronte dell'enorme aggravio procedurale che potrebbe comportare tale obbligo ¹.

Ciò posto, accogliere tale lettura testuale implicherebbe che al fine di semplificare un numero maggiore di affidamenti, raddoppiando da uno a due milioni la soglia di applicazione del minor prezzo di lavori, si sia arrivati a gravare le procedure di assegnazione degli appalti di lavori fino a un milione di formalità e procedure altrimenti non richieste.

Premesse le conclusioni derivanti da una interpretazione sotto il profilo letterale dell'articolo novato dal correttivo, è opportuno segnalare che attraverso una lettura sistematica del codice e dello stesso decreto correttivo, nonché del Parere del Consiglio di Stato del 30 marzo 2017 n. 782 ², si aprono diverse

¹ Per una puntuale disamina delle valutazioni a sostegno dell'utilizzo del minor prezzo v., tra gli altri, C. Deodato, *L'estensione dell'ambito applicativo del criterio del massimo ribasso: una scelta giusta*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017, all'interno del quale si legge, in merito ai presunti rischi legati all'utilizzo del minor prezzo, che "quei fattori di criticità sono stati eliminati con sapienti ed efficaci scelte regolatorie. È sufficiente, qui, osservare che: a) il pericolo di accordi collusivi finalizzati a predeterminare la soglia di anomalia (e, condizionare, quindi, gli esiti della gara) è, ormai, evitato dal c.d. metodo anti turbativa (e, cioè, il sorteggio, tra cinque, del criterio di calcolo del predetto valore); b) la modificabilità della prestazione in corso d'opera, con il rischio di aumento dei costi, è scongiurata (perlomeno per gli appalti di lavori) dall'obbligo di aggiudicare l'appalto sulla base di un progetto esecutivo (che, per definizione, non ammette varianti); c) l'impatto negativo sul costo della mano d'opera resta, ormai, precluso dalla intangibilità dei minimi tariffari, così come la qualità della prestazione rimane assorbita nel carattere esecutivo della progettazione a base d'asta, rispetto alla quale, peraltro, non sono concepibili, in linea di principio, elementi qualitativamente migliorativi. Ma, se non esistono più i rischi distorsivi che avevano giustificato la contrarietà originaria al criterio del massimo ribasso, cadono le ragioni del pregiudizio ed emergono, invece, i suoi pregi: obiettività della scelta dell'offerta, celerità della procedura, riduzione dei costi amministrativi, deflazione del contenzioso, ma, soprattutto, contenimento del rischio di fenomeni corruttivi. L'eliminazione di ogni profilo di discrezionalità nella scelta dell'offerta migliore e la imprevedibilità della soglia di anomalia producono, in particolare, il decisivo risultato di assicurare una maggiore trasparenza della selezione dell'offerta (adesso interamente vincolata), che si presta più difficilmente a essere inquinata da accordi collusivi tra un'impresa e la stazione appaltante o da intese illecite tra diversi concorrenti".

² Si specifica che tale parere è stato reso precedentemente alla redazione dell'ultima versione del decreto correttivo, prendendo ad esame dunque una bozza non definitiva del medesimo correttivo non riportante le modifiche in trattazione nella presente nota. Ciò posto non ci sono diretti riscontri sul punto, salvo le seguenti valutazioni di carattere generale dalle quali desumere la posizione del Parere Cons. Stato, 30-3-2017, n. 00782, 73 s. in merito alla dicotomia qualità/prezzo e minor prezzo: "Sotto un profilo storico, non v'è dubbio che negli anni si è assistito ad un mutamento nell'utilizzo dei criteri di

motivazioni sistemiche che permettono una lettura estensiva dell'utilizzo del minor prezzo anche alle ipotesi di procedure negoziate *ex art.* 36 per appalti di lavori inferiori ad € 1.000.000.

Il nuovo art. 95, comma 4, lett. a), come modificato dall'art. 60 del correttivo, sembra disporre in realtà che il criterio di aggiudicazione del minor prezzo possa essere utilizzato per lavori sino a € 2.000.000, ove presente un progetto esecutivo, con la specificazione che per importi al di sopra di € 1.000.000, per l'affidamento dei lavori, dovranno essere comunque utilizzate le procedure ordinarie ai sensi degli artt. da 59 a 65 d.lgs. 50 del 2016, senza possibilità di procedere alle negoziate sotto soglia. Nonostante l'apparato normativo già chiarisse questa disposizione all'art. 36, comma 2, lettera d), sembra che il legislatore abbia voluto ulteriormente specificare che il limite di € 2.000.000 rileva ai soli fini del criterio di aggiudicazione applicabile e non

aggiudicazione. La legge n. 109/1994, anche con l'obiettivo di combattere la corruzione riducendo la discrezionalità delle stazioni appaltanti, aveva manifestato una spiccata preferenza per il criterio del prezzo più basso. In seguito ad alcuni arresti della Corte di giustizia europea, l'ordinamento giuridico italiano ha nuovamente ampliato l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa giungendo a considerarlo, fatte salve alcune ipotesi specifiche, criterio alternativo a quello del prezzo più basso e lasciando alle stazioni appaltanti ampia discrezionalità nella scelta (si consideri, l'ormai abrogato, art. 81, comma 2, d.lgs. n. 163/2006: "Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta"). Nel tempo la dottrina ha evidenziato i pregi, e i difetti, di ciascun criterio. Quello del prezzo più basso garantisce la rapida definizione delle procedure di evidenza pubblica e riduce la discrezionalità della pubblica amministrazione (a volte considerata fattore in cui si annida la possibilità di corruzione) ma, sotto altro aspetto, tale criterio non consente di valutare alcuni aspetti qualitativi dell'offerta, spinge (a giudizio di alcuni) gli operatori economici a ridurre eccessivamente i costi, anche quelli legati alla manodopera, e crea il rischio di cordate che tentano di influenzare l'individuazione della soglia di anomalia. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – valorizzato dalla riforma del 2016 – garantisce meglio la valutazione dell'aspetto qualitativo ed evita che la 'competizione' si concentri esclusivamente sulla riduzione dei costi; tuttavia determina un appesantimento della procedura e amplia gli spazi discrezionali della stazione appaltante. Richiede una particolare competenza e preparazione della stazione appaltante e per essa, della commissione di gara. Fermo restando che i rischi derivanti dall'utilizzo del criterio del minor prezzo oggi potrebbero ritenersi in buona parte neutralizzati dall'introduzione di cinque differenti criteri di determinazione della soglia di anomalia (anche considerando che l'effetto antiturbativa discende dal sorteggio dei metodi di determinazione della soglia di anomalia e quindi dalla imprevedibilità di quest'ultimo, il quale, a sua volta impedisce accordi collusivi riferibili a cordate di imprese), va suggerito al Governo di realizzare un'attenta attività di monitoraggio sull'impatto che le norme in materia di progettazione esecutiva hanno nella prassi delle pubbliche amministrazioni, nel convincimento che una buona progettazione esecutiva potrebbe concorrere alla "qualità" delle opere pubbliche anche quando viene utilizzato il criterio del minor prezzo".

anche della procedura da utilizzare. Difatti, sembra che se da un lato il correttivo abbia voluto elevare la soglia del minor prezzo nei lavori, dall'altro lato abbia inteso ulteriormente specificare che l'art. 36, comma 2, lett. d) e l'art. 95, comma 4, lett. a) operano su profili del tutto differenti (tipologia di gara l'art. 36 e criteri di aggiudicazione l'art. 95).

Così disponendo, la locuzione “*quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie*” assumerebbe la veste di specificazione per le procedure che si attestano nell'ambito della zona grigia che intercorre tra € 1.000.000 ed € 2.000.000; inoltre la dicitura “*fermo restando quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera d)*” dovrebbe leggersi quale elemento cardine della norma, ossia quale punto di partenza dal quale interpretare la disposizione. Nello specifico, il limite di € 2.000.000 viene regolamentato rispetto al criterio di aggiudicazione, ma rimangono ferme le disposizioni in tema di procedure di affidamento sotto soglia di cui all'art. 36. Del tutto speculare e superfluo sembra, d'altronde, l'ulteriore richiamo effettuato a valle dell'art. 36, comma 2, lettera d), in merito all'art. 95.

Al fine di specificare ulteriormente le ragioni a sostegno di tale lettura sistematica, innanzitutto occorre chiarire che la natura stessa del decreto correttivo assurge a mero strumento normativo di chiarimento ovvero riorganizzativo di principi e disposizioni riportate all'interno del d.lgs. 50 del 2016, quale testo normativo reggente. D'altronde come riportato all'interno della relazione illustrativa del medesimo correttivo, quest'ultimo è finalizzato (*rectius* dovrebbe essere finalizzato) “*a perfezionare l'impianto normativo senza intaccarlo, con lo scopo di migliorarne l'omogeneità, la chiarezza e l'adeguatezza [...]*”.

Entrando nel merito del sistema normativo del codice, percorrendo il taglio interpretativo da ultimo riportato, il nuovo art. 95, comma 4 lett. a), dispone inoltre che nel caso di applicazione del minor prezzo, “*qualora la stazione appaltante applichi l'esclusione automatica, la stessa ha l'obbligo di ricorrere alle procedure di cui all'articolo 97, commi 2 e 8*”. Nello specifico il comma 8 dell'art. 97 dispone che “*Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2. [...] Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci*”.

Sembra evidente che, ove venisse preferita l'interpretazione letterale dell'articolo 95 di fatto la portata applicativa del richiamo all'utilizzo dei meccanismi antiturbativa ai sensi dell'art. 97, comma, 8 (come segnalato dalla seconda parte dell'art. 95, comma 4, lett. a), verrebbe limitata in larghissima parte comportando una evidente riduzione dei casi di applicabilità dell'esclusione automatica nei lavori, stante la difficoltà di applicare il minor prezzo ai lavori sotto soglia. Nello specifico, gli unici appalti di lavori aggiudicati al minor prezzo (necessario per l'esclusione automatica) sarebbero quelli di importo inferiore a € 2.000.000 e predisposti con procedure ordinarie, con l'evidente esclusione di quelli inferiori ad € 1.000.000 aggiudicati con il criterio qualità/prezzo, visto che realisticamente per ragioni di semplificazione delle gare sarebbero pochi i casi di applicazione delle procedure ordinarie sotto tale soglia.

Una tale disparità di trattamento tra procedure ordinarie e negoziate sembrerebbe contrapporsi, inoltre, alla stessa previsione dell'esclusione automatica di cui all'art. 97, comma 8, il quale invece parrebbe avere interesse a regolamentare soprattutto le procedure negoziate (riferendosi alle soglie di cui all'art. 35), nelle quali sembrerebbe per l'appunto ammesso con maggior favore l'applicazione del minor prezzo, in quanto ambiti particolarmente suscettibili di manipolazione del mercato. Nello specifico, proprio al fine di non rendere vana la portata del suddetto comma 8, il correttivo ha elevato il numero dei concorrenti da consultare nelle procedure negoziate attraverso la modifica dell'art. 36, mediante l'art. 25 del correttivo, visto il limite di 10 offerenti già imposto ai fini dell'esclusione automatica: difatti, nella precedente versione del codice degli appalti l'esclusione automatica sarebbe stata applicata in un numero limitato di casi visto il numero esiguo di concorrenti minimi da consultare. Lo stesso Consiglio di Stato³, nel parere in precedenza richiamato, ha chiarito che *“la Commissione invita il Governo a valutare l'adeguatezza del numero di operatori da consultare. La maggiore ampiezza delle imprese coinvolte nella procedura favorisce senz'altro la concorrenza e l'apertura del mercato. Inoltre, serve anche a consentire il funzionamento del meccanismo di esclusione automatica, che esige la presentazione di almeno dieci offerte valide”*. Pertanto, pare illogico che da una parte si sia voluto ampliare la portata dell'esclusione automatica (attraverso aumento delle consultazioni ex art. 36) e dall'altra ridurne l'applicabilità nei lavori escludendo il minor prezzo nei casi di procedure nego-

³Parere Cons. Stato, 30-3-2017, n. 00782, 37 s.

ziate sotto soglia. Solamente tale lettura organica delle norme in oggetto permette una efficace applicazione dell'art. 97, comma 8, agli appalti di lavori sotto la soglia di € 1.000.000, i quali altrimenti verrebbero nella pratica esclusi dai metodi antiturbativa, in quanto aggiudicati mediante il criterio qualità/prezzo.

Lo stesso Consiglio di Stato ⁴, nell'affermare che mediante la maggiorazione degli inviti nelle procedure sotto soglia *“sono accresciuti gli oneri gravanti sulle stazioni appaltanti, in quanto un numero minimo troppo alto di imprese da invitare rischia di vanificare le esigenze di semplificazione”*, sembra abbia voluto interpretare le norme a presidio delle procedure negoziate sotto soglia come precetti di semplificazione, afferenti a specifiche procedure eccezionali che, come tali, necessitano di deroghe alle ordinarie disposizioni procedurali. Ammettere una deroga che possa gravare le procedure sotto soglia pare contrastare con l'apparato regolatorio della Parte II, Titolo I, del d.lgs. 50 del 2016: ciò che il codice tratta con minor rigore sotto il profilo procedurale incontrerebbe maggiori oneri e vincoli rispetto alla possibilità di ricorrere alla modalità di aggiudicazione del minor prezzo, con consequenziale esclusione dei metodi antiturbativa.

La logica favorevole del codice in relazione all'estensione del minor prezzo, soprattutto nelle procedure negoziate, sembra riscontrarsi anche all'interno dello stesso art. 95, comma 4, lett. c), il quale articolo ammette specificamente il minor prezzo per i servizi e le forniture *“sino alla soglia di cui all'articolo 35 solo se caratterizzati da elevata ripetitività”*, inserendo un trattamento estensivo del minor prezzo proprio nelle procedure negoziate sotto soglia. Trovare a distanza di poche righe del medesimo codice orientamenti sistematici così diversi, nel trattare appalti di lavori e di servizi sotto soglia comunitaria, dovrebbe far propendere per la lettura che dispone l'applicabilità del minor prezzo anche al di sotto di € 1.000.000, al fine di non incorrere in contrasti logici interni al medesimo articolo 95.

Da ultimo, le stesse linee guida dell'ANAC n. 4 relative alle modalità di affidamento sotto soglia, anche se devono ritenersi da riformulare parzialmente alla luce delle modifiche del correttivo, riportano sul punto la seguente considerazione: *“Gli affidamenti di servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice ed i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro possono essere aggiudicati, ai sensi dell'art. 95, comma 4, del Codice, con il criterio*

⁴Parere Cons. Stato, 30-3-2017, n. 00782, 37 s.

del minor prezzo". Sembra difficile che il decreto correttivo abbia voluto ribaltare completamente un principio vigente nella precedente versione del codice e che l'ANAC stessa ha confermato all'interno delle proprie interpretazioni.

Alla luce delle considerazioni esposte, nonostante il marcato punto di vista delle precedenti argomentazioni, occorre chiarire che ad oggi risulta complesso affermare con certezza il radicarsi di uno dei predetti orientamenti, stante la frattura tra interpretazione letterale e sistematica riscontrabile negli articoli del correttivo in commento: tale affermazione assume maggiore rilievo se si considera che la giurisprudenza e l'ANAC non hanno avuto ancora modo di affrontare la questione dirimendone i dubbi.

In conclusione, come è scontato affermare in casi simili, si rimane in attesa di un intervento chiarificatore da parte del Legislatore, avvenga esso direttamente mediante future manovre correttive ovvero indirettamente attraverso interpretazioni fornite dal Governo. Al contrario si lascerebbero gli operatori del settore in un alveo di assoluta indeterminatezza su un profilo particolarmente delicato come gli affidamenti sotto soglia comunitaria, con il rischio di complicare la gestione di investimenti e procedure di gara a livello nazionale.

Abstract

The author examines the amendment to the Procurements Code introduced by the “corrective” Legislative Decree n.56 issued on the 19th of April 2017. He focuses on the revision of the art. 95, paragraph 4, lett. a) of Legislative Decree n.50/2016 and its interaction with art. 36, paragraph 2, lett. d) Regarding the application of lowest price for contracts worth less than € 1,000,000. With a logical and systematic reading of the regulatory amendments, the Author argues a wider applicability of the lowest price standards to the aforementioned contracts