

Codice dei contratti: Il pasticcio del massimo ribasso sotto i due milioni

19/06/2017

www.lavoripubblici.it

A cura di **Paolo Oreto**

Titolavamo in una nostra recente notizia "[OEPV, massimo ribasso e Linee Guida ANAC: a che punto siamo?](#)" rilevando che con la modifica dell'**art. 95 del Codice dei contratti** il decreto correttivo ha previsto la possibile applicazione del **criterio del prezzo più basso** per lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro. Criterio che può essere utilizzato solo a determinate condizioni: quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo, specificando che per l'affidamento dei lavori dovranno essere utilizzate le procedure ordinarie senza alcuna possibilità di procedura negoziata. L'Ente appaltante, inoltre, potrà utilizzare l'esclusione automatica delle offerte anomale avvalendosi del metodo antiturbativa, con il sorteggio in corso di gara del criterio matematico per individuare le offerte anomale da scartare al fine di evitare che le imprese posano formare cartelli.

Come precisato, la modifica introdotta all'articolo 95, comma 4, lettera a) pone le seguenti due condizioni:

- che l'appalto venga aggiudicato sulla base di un progetto esecutivo;
- che l'affidamento dei lavori avvenga con procedure ordinarie.

La prima condizione nasce per evitare che la procedura venga applicata agli appalti integrati. **La seconda condizione limita la possibilità di ricorrere al criterio del prezzo più basso** ai casi in cui "l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie" con la conclusione che l'interpretazione letterale della norma porterebbe ad affermare che l'aumento dell'importo (da 1 milione a 2 milioni) per procedere all'affidamento con il criterio del prezzo più basso (che evita anche l'obbligo di nominare una commissione giudicatrice ad hoc) vale solo per le stazioni appaltanti che scelgono di assegnare gli appalti con gare ossia procedure ordinarie (procedure aperte e ristrette), sempre precedute da un bando. **Nelle gare al di sotto di 2 milioni di euro, quindi, le stazioni appaltanti non potrebbero accoppiare procedura negoziata e massimo ribasso.** Le uniche due scelte ammesse sarebbero infatti **gara formale e massimo ribasso** (o offerta più vantaggiosa) oppure **procedura negoziata e offerta economicamente più vantaggiosa.**

L'unica soluzione, abbastanza rapida, avrebbe potuto essere quella di un aggiornamento da parte dell'ANAC delle linee guida sull'**Offerta economicamente più vantaggiosa** ([linee guida n. 2 approvate con determinazione ANAC 21 settembre 2016, n. 1005](#)), procedendo, anche, a chiarire i dubbi interpretativi che nascono con la modifica, introdotta all'art. 95, comma 4, lettera a) e d'altra parte l'obiettivo delle linee guida (cosiddette *soft law*), che nell'idea del legislatore dovrebbero essere strumenti dalla grande flessibilità, è quello di fornire alle amministrazioni dei modelli comportamentali che possano guidarle nella corretta applicazione delle nuove regole che in molti casi potrebbero risultare molto "discrezionali".

Ma l'ANAC, successivamente alla pubblicazione sulla gazzetta ufficiale del cosiddetto decreto correttivo, ha ritenuto di procedere alla consultazione on line propedeutica all'aggiornamento delle

linee guida n. 3 (Responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni), delle **linee guida n. 5** (Criteri di scelta dei commissari di gara) e delle **linee guida n. 6** (Indicazione dei mezzi di prova adeguati che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice dei contratti) **senza intervenire sulle linee guida n. 2 relative all'Offerta economicamente più vantaggiosa** (dove, per altro, sarebbe bastato modificare il paragrafo I relativo al quadro normativo) . Ce ne chiediamo il perché come per altro, probabilmente, se ne è chiesto il perché il Ministero delle infrastrutture che ha inviato una **nota all'ANAC chiedendo un parere sull'interpretazione da dare alla norma introdotta con la modifica dell'articolo 95, comma 4 del Codice dei contratti (Dlgs n. 50/2017) che ha innalzato da uno a due milioni la soglia di applicazione del massimo ribasso con la condizione che l'affidamento dei lavori avvenga con procedure ordinarie ma, anche, sulla base di un progetto esecutivo.**

D'altra parte la soluzione per il Ministero avrebbe potuto essere quella di **inserire all'interno del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50** recante "Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo" (cosiddetta "manovrina") **un articolo che avrebbe potuto contenere l'interpretazione autentica** che, per altro viene data nella nota inviata all'Anac e firmata dal capo di gabinetto del ministero in cui **il Mit dà la propria interpretazione, che farebbe salva la possibilità di aggiudicare al massimo ribasso con esclusione automatica delle offerte anomale anche nel procedure negoziate** fino a due milioni di euro, *“fermo restando l'obbligo di gara sulla base del progetto esecutivo”*.

Tra l'altro l'inserimento di norme correttive al Codice dei contratti all'interno del citato decreto-legge n. 50/2017 non è una novità perché nel testo definitivamente approvato è possibile rilevare l'inserimento di due articoli (52-ter e 52-quater) relativi alla legittimazione dell'Anac ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi ed all'organizzazione dell'Anac, entrambi presenti in una delle ultime versioni del decreto correttivo e cancellati dal Consiglio dei Ministri che aveva approvato, in via definitiva, il decreto correttivo stesso.

Speriamo, adesso, che dopo la nota del Mit che dà già una propria interpretazione, l'Anac intervenga rapidamente al fine di consentire, come precisa nella nota lo stesso MIT *“l'utilizzo del minor prezzo con contestuale possibilità di utilizzo del metodo anti turbativa, fino alla soglia di due milioni di euro, innalzando, in tal modo, quella originariamente prevista fino a un milione di euro”* come nelle intenzioni del legislatore.