

**Prezzo pi  basso ed appalti fino a 2 milioni di euro: la lettura di "buon senso" dell'ANAC**

M. Gentile (www.appaltiecontratti.it 13/9/2017)

In relazione alle modifiche apportate agli articoli 36 e 95 del Codice ad opera del D.lgs. 19 aprile 2017 n. 56, meglio noto come decreto "correttivo", l'ANAC ha fornito la propria interpretazione tramite un parere reso in data 23 giugno ultimo scorso, a seguito di una specifica richiesta formulata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

La questione concerne, in particolare, la portata interpretativa delle menzionate disposizioni del Codice regolanti le modalit  di affidamento dei contratti di lavori di importo compreso tra 150 mila euro e 2 milioni di euro.

A tal riguardo, l'articolo 36, cos  come modificato dal "correttivo", prevede che per l'affidamento dei lavori di importo "*pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro*"   possibile utilizzare la "*procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici*" (art. 36, comma 2, lett. c), mentre l'affidamento di contratti di importo superiore a 1 milione di euro deve avvenire tramite procedure ordinarie "*fermo restando quanto previsto dall'articolo 95 comma 4 del Codice*" (art. 36, comma 2, lett. d).

Dal proprio canto, l'articolo 95, comma 4, lettera a) dispone che   possibile l'utilizzo del criterio del prezzo pi  basso, in luogo dell'offerta economicamente pi  vantaggiosa, 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*" e "*fermo restando quanto previsto dall'articolo 36 comma 2 lettera d)*".

Il dubbio interpretativo sollevato da diversi operatori   se, con riferimento ai contratti compresi tra 150 mila euro e 1 milione di euro, ai fini dell'adozione del criterio del prezzo pi  basso, sussista l'obbligo di utilizzo delle procedure ordinarie.

Trattasi di un dubbio pi  che legittimo, in quanto, l'articolo 95, comma 4, lettera a) si limita ad imporre l'utilizzo delle procedure ordinarie **per tutti i contratti** di "*importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro*", senza operare alcuna distinzione tra quelli di importo inferiore e superiore a 1 milione di euro.

Tale previsione appare, tuttavia, poco coordinata con quella contenuta al menzionato articolo 36, comma 2, laddove solo per i contratti di importo pari o superiore a 1 milione di euro opera un espresso rinvio all'articolo 95 comma 4.

In buona sostanza, siamo di fronte ad un evidente difetto di coordinamento tra le due previsioni:

- l'articolo 36 che sembrerebbe rinviare all'articolo 95 solo per disciplinare i contratti di importo pari o superiore a 1 milione di euro, in relazione ai quali impone lo svolgimento di procedure di gara "ordinarie";
- l'articolo 95 che "sembrerebbe" regolare anche i contratti di importo inferiore a 1 milione di euro, imponendo ai fini dell'utilizzo del prezzo pi  basso, lo svolgimento di procedure di gara "ordinarie" (e dunque senza possibilit  di procedura negoziata).

La questione interpretativa non   ovviamente di poco conto atteso che, in caso di accoglimento dell'opzione ermeneutica pi  rigida, ossia quella che, ai fini dell'utilizzo del criterio del prezzo pi  basso, impone per tutti gli affidamenti di importo pari o inferiore a 2 milioni di euro (e, dunque, senza alcuna distinzione all'interno della fascia) l'attivazione di procedura di gara "ordinaria", le stazioni appaltanti, per i contratti di importo inferiore a 1 milione di euro, si troverebbero dinanzi alla necessit  di operare una scelta tra:

- lo svolgere una gara "negoziata" utilizzando obbligatoriamente il criterio dell'OEPV;
- lo svolgere una gara "ordinaria" utilizzando il prezzo pi  basso.

Ebbene, l'ANAC, riscontrando una richiesta del MIT ed avallando l'ipotesi interpretativa da quest'ultimo prospettata, ha fornito il proprio avviso.

Pi  specificatamente, l'Autorit  ritiene corretta l'opzione ermeneutica secondo la quale l'impatto della modifica apportata dal correttivo va circoscritta all'innalzamento della soglia per l'utilizzo del criterio del minor prezzo, con esclusione, quindi, di qualsiasi ricaduta sulle procedure di scelta del contraente. Procedure di scelta che, per i contratti sotto soglia, restano disciplinate dal solo articolo 36.

Da tale assunto deriva che "*deve ritenersi possibile l'utilizzo del criterio del minor prezzo anche nelle procedure negoziate da 150 mila euro e fino a 1 milione di euro, di cui all'art. 36, comma 2, lett. b) e c)*"; ci  - sottolinea l'Autorit  -   confermato anche dalle modifiche apportate dal d.lgs. n. 56/2017 al secondo periodo del comma 7 dell'art. 36, laddove il riferimento alla "*effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facolt  di esclusione delle offerte anomale*" deve necessariamente essere riferito alle "*procedure negoziate previste dal medesimo art. 36 per gli affidamenti di importo sino ad un milione di euro*".

Invero, tale ultima affermazione appare, ad avviso di chi scrive, discutibile, in quanto il riferimento contenuto all'articolo 36 comma 7 alla "*effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facolt  di esclusione delle offerte anomale*" potrebbe concernere gli affidamenti di servizi sotto soglia di cui alla lettera b) e non necessariamente l'affidamento dei lavori.

Ad ogni buon conto, non pu  che condividersi la posizione dell'Autorit  (nonch  del MIT) la quale, superando le evidenti claudicanze presenti nel testo del Codice modificato dal "correttivo", si   orientata verso un'interpretazione della norma secondo "buon senso", evitando di limitare ulteriormente l'utilizzo del criterio del prezzo pi  basso, gi  sacrificato dal legislatore oltre ogni ragionevole necessit .

---

Massimo Gentile

Studio Legale Associato Gentile - Varlaro Sinisi - [www.studiogvs.it](http://www.studiogvs.it)