

Interpretazione di Anac e Ministero del nuovo comma 4 dell'art.95: che tocca' fa' pe' camp'a'

V. Miniero (www.appaltiecontratti.it 6/9/2017)

Prima dell'estate il Ministero e, su richiesta di questi, Anac si sono espresse nella interpretazione della nuova prescrizione disposta dall'art.95, comma 4, del D.Lgs 50/2016.

Come noto il comma 4 dell'art.95 costituisce una deroga ad un principio importante disposto dalla direttiva comunitaria 2014/24: le gare d'appalto d'ora in poi devono farsi esclusivamente con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa.

La direttiva, tuttavia, sancendo tale principio ha disposto: *"Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di taluni servizi, le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa"*.

Il comma 4 dell'articolo 95 costituisce la deroga nazionale al principio europeo.

E siccome noi siamo e saremo sempre un paese al quale piace capovolgere le cose, con il nuovo Codice la deroga è divenuta prevalente rispetto alla regola: l'articolo 95 comma 4 consente, infatti, alle amministrazioni di utilizzare ancora il criterio del prezzo più basso nella grande maggioranza degli appalti.

La prima versione predisposta da legislatore nel Codice degli Appalti prevedeva il diritto delle amministrazioni ad utilizzare il criterio del prezzo più basso per tutti gli appalti di lavori fino ad un milione di euro (più o meno il 90 per cento delle procedure nazionali).

Evidentemente, tuttavia, tale limite di importo non soddisfaceva del tutto il nostro legislatore che ha voluto estendere la possibilità di utilizzare il criterio del prezzo più basso fino a 2 milioni di euro (in tal modo la deroga raggiunge il 95 per cento delle procedure nazionali, surclassando del tutto il principio).

Purtroppo la novella introdotta dal decreto correttivo, D.Lgs 56/2017, non brilla per efficacia ed ha necessitato di ben due interpretazioni (una circolare del ministero ed un parere di Anac) per essere chiarita nel suo contenuto.

Dispone il comma 4 dell'art.95 che:

"4. Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo:

a) 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".

La norma consente l'uso del criterio del prezzo più basso per gli appalti di lavori di importo inferiore a 2 milioni di euro, *"quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie"*.

Il Codice degli Appalti attribuisce all'articolo 3 tante definizioni (fino ad utilizzare la lettera "ggggg undecies", si crede caso unico al mondo), ma manca la definizione di cosa si debba intendere per *"procedure ordinarie"*.

Fortunatamente l'articolo 36 risolve questo dilemma, utilizzando l'inciso *"e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie"* subito prima della descrizione delle procedure di gara negoziate.

Si deve dedurre, quindi, che le procedure ordinarie siano tutte quelle che prevedono la pubblicazione del bando di gara, al contrario delle gare ad invito che assumono, inspiegabilmente, la caratteristica di *"straordinarie"*.

Una prima lettura del testo dell'art.95, come modificato dal decreto correttivo, farebbe quindi pensare che il criterio del prezzo più basso negli appalti di lavori possa essere utilizzato per appalti fino al valore di due milioni di euro, ma solo quando le amministrazioni utilizzano procedure ordinarie (e quindi solo nelle procedure con il bando di gara e mai nelle procedura invito).

A salvare il paese dall'ennesimo strafalcione normativo si sono, tuttavia, attivati in soccorso il Ministero e Anac.

La circolare del Ministero ed il parere di Anac, per raggiungere il risultato ambito, fanno leva sull'inciso iniziale dell'art.95, comma 4, che dispone: *"a) fermo restando quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera d)"*.

Secondo il Ministero *"il rinvio reciproco operato dall'articolo 95, comma 4 e dall'articolo 36, comma 2, lettera d) serve a ribadire che sopra il milione di euro si applicano le procedure di scelta del contraente di cui agli articoli 59 e seguenti, in quanto l'innalzamento della soglia è stato previsto dal legislatore soltanto per derogare all'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in favore dell'utilizzo del minore prezzo, per gli affidamenti ricompresi tra un milione e due milioni di euro"*.

Anac avvalorava l'interpretazione del Ministero sostenendo che *"l'opzione ermeneutica proposta da Codesto Ministero appare l'unica rispondente a criteri di ragionevolezza e dunque pienamente condivisibile"*.

Pace è fatta, l'Italia è salva.

Valgono quindi le conclusioni alle quali è pervenuto il Ministero con la propria circolare:

"Alla luce delle considerazioni sopra esposte, si ritiene dunque, che l'articolo 95, comma 4 lettera a) debba essere interpretato nel senso che:

- per i lavori da 40.000 fino ad un milione di euro possa applicarsi la procedura negoziata di cui all'articolo 36, comma 2, lettera b) e c) con applicazione del criterio del massimo ribasso e facoltà dell'esclusione automatica delle offerte, fermo restando l'obbligo di gara sulla base del progetto esecutivo;

- per i lavori da 1 a 2 milioni di euro, devono applicarsi le procedure, qualora ne ricorrano i presupposti, degli articoli 59 e seguenti, con applicazione del criterio del minor prezzo e facoltà di esclusione automatica delle offerte, fermo restando l'obbligo di gara sulla base del progetto esecutivo".

Le amministrazioni possono quindi nuovamente utilizzare il criterio del prezzo più basso anche nelle procedure ad invito.

Rimane l'amaro in bocca nel rilevare quanto, ancora una volta, l'intervento novativo del legislatore (nonostante abbia avuto un intero anno per redigere le correzioni al Codice degli Appalti) abbia necessitato di ben due interpretazioni (che, nonostante la buona intenzione dimostrata, si credono sinceramente forzate) per riportare il testo all'interno di un alveo che, probabilmente, era quello desiderato da chi ha redatto in modo maldestro la norma.

Avv. Vittorio Miniero - toto@appaltiamo.eu