

**INDAGINE CONOSCITIVA SULLO STATO DI ATTUAZIONE  
E SULLE IPOTESI DI MODIFICA DELLA NUOVA  
DISCIPLINA SUI CONTRATTI PUBBLICI**

**AUDIZIONE DELL'ALLEANZA DELLE COOPERATIVE ITALIANE  
13 SETTEMBRE 2016**



Commissioni riunite Lavori pubblici del Senato della Repubblica e  
Ambiente della Camera dei Deputati

## **PREMESSA**

La riforma del Codice dei Contratti Pubblici, contenuta nel d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e originata dal recepimento delle nuove direttive europee in materia, rappresenta una sfida riformatrice imponente.

I suoi obiettivi di semplificazione, razionalizzazione e snellimento dei procedimenti amministrativi, volti ad un processo trasparente di selezione degli operatori economici, sono condivisibili, perché presupposto di una maggiore efficienza amministrativa e modernizzazione del sistema.

Riteniamo opportuno, tra gli interventi del legislatore, evidenziare:

1. il processo di aggregazione e qualificazione delle stazioni appaltanti cui corrisponderà nel tempo una più ampia discrezionalità decisionale;
2. il completo riassetto normativo del sistema, con la cancellazione del regolamento di esecuzione 207/10 e il conseguente ruolo decisivo affidato all'Autorità di Vigilanza del settore (ANAC);
3. il superamento del sistema del massimo ribasso nella valutazione delle offerte.

Considerata la centralità della Pubblica Amministrazione nel nuovo sistema di programmazione degli interventi pubblici, riteniamo importante che si instauri un proficuo confronto con gli operatori economici del settore, per evitare che innovazioni così significative dettate dalla riforma rallentino il mercato, in un momento al contempo delicato per le imprese e importante per la crescita del Paese.

L'audizione di oggi rappresenta la consapevolezza di questa necessità e perciò ve ne siamo grati.

## **ATTUAZIONE DEL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI E DELLE CONCESSIONI**

Il Governo con l'emanazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in conformità alle diverse opzioni previste dalla legge delega 11/2016, ha scelto, anche rispondendo alle richieste delle parti sociali preoccupate di periodi transitori troppo complessi, la strada dell'adozione di un unico decreto legislativo.

A questo punto, per non prolungare il periodo di parziale stasi del mercato rilevato anche dalle recenti pubblicazioni dell'ANAC (soprattutto in ambito di lavori pubblici), occorre a nostro avviso velocizzare il più possibile il passaggio dal vecchio al nuovo sistema, completando al più presto la normativa di attuazione sostitutiva del DPR 207/10, anche per superare le resistenze che già da prima dell'emanazione del nuovo Codice avevano causato una diminuzione sensibile della pubblicazione dei bandi di gara.

Infatti il superamento del vecchio sistema di affidamenti, in particolare con riferimento alla progettazione ed esecuzione congiunta, è forse stato troppo repentino considerato il tempo che occorrerà per la qualificazione delle stazioni appaltanti prevista dal nuovo Codice.

In un periodo di timida ripresa economica probabilmente non era opportuno anticipare i tempi.

Pertanto, al solo fine di attenuare tale periodo di stasi nella pubblicazione dei bandi soprattutto relativi a opere pubbliche, là dove siano stati già predisposti prima del 18 aprile 2016 progetti definitivi completi da poter essere messi in gara, quindi dotati dei necessari finanziamenti e che abbiano superato le Conferenze dei Servizi preordinate all'approvazione e ottenuto la dichiarazione di Pubblica Utilità, si dovrebbe rendere possibile l'utilizzo lo strumento dell'appalto integrato.

Ogni Stazione Appaltante potrà redigere un elenco degli interventi che presentino le suddette caratteristiche inviando un dossier a MIT e ANAC e, solo in assenza di cause ostative che intervengano esplicitamente entro un breve periodo di tempo dalla trasmissione del dossier, la Stazione Appaltante proponente potrà avviare la procedura d'appalto.

## **LE PROPOSTE DI MODIFICA**

E' indubbio che alcune novità contenute nel Codice impatteranno profondamente sull'organizzazione delle Stazioni Appaltanti, ma soprattutto degli operatori economici, obbligandoli a rivedere nell'insieme la pianificazione dei singoli interventi e modificando sistemi produttivi consolidati nel tempo.

Tra di esse, quella che maggiormente inciderà, anzi sta già incidendo, è la **nuova disciplina del subappalto, con particolare riferimento alla realizzazione delle opere pubbliche.**

L'**articolo 105** ne compie infatti una radicale riforma, secondo una logica che ne penalizza fortemente l'utilizzo, complicando la gestione dell'intervento alle imprese e molto probabilmente anche alle stazioni appaltanti.

In particolare la possibilità di ricorrere al subappalto, rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti che dovranno esplicitamente prevederlo nel bando di gara, è stata fortemente contenuta attraverso:

1. il riferimento del limite del 30% all'importo complessivo dell'appalto e non più alla sola categoria prevalente, con conseguente estensione anche alle categorie scorporabili;
2. la riduzione al 10% della soglia oltre la quale scatta il divieto di subappalto per le opere di particolare contenuto tecnologico. Inoltre per tali opere sarà impossibile ricorrere all'avvalimento;
3. la riformulazione della definizione dei c.d. subcontratti assimilabili al subappalto, sostituita con una frase poco chiara, costruita "in negativo" ovvero individuando le condizioni che "non costituiscono subappalto", foriera di possibili interpretazioni restrittive.

Questo insieme di modifiche rischia di indurre conseguenze sulla intera struttura produttiva di un settore come quello delle costruzioni, già fortemente penalizzato dalla crisi. Una pedissequa applicazione di questi nuovi limiti comporterebbe infatti una completa rivoluzione della attuale organizzazione delle imprese, che potrebbe andare:

- a) nella direzione della "impresa organica", che interiorizza la gran parte dei processi produttivi, perdendo in flessibilità e competitività e tornando ad un modello (unico nel panorama europeo) economicamente più oneroso ed inefficiente nella gestione del cantiere; ovvero
- b) verso acquisizioni di gruppo per colmare le specializzazioni produttive necessarie.

In ogni caso non si avrebbe il desiderato effetto di tutela delle PMI specialistiche, che anzi si vedrebbero sottrarre i propri campi di attività.

L'alternativa, ossia la moltiplicazione senza limiti dei raggruppamenti verticali, con decine di imprese specialistiche nel ruolo di mandanti, produrrebbe un aumento esponenziale della conflittualità, sia interna alle ATI che nei confronti della committenza, con ovvie ripercussioni su tempi e costi della realizzazione delle opere.

Occorre infine ricordare che l'obbligo normativo di imporre agli operatori economici una determinata forma giuridica per l'esecuzione della prestazione, derivante dalle novità introdotte dall'articolo 105, contrasta con i principi definiti dalle direttive europee sugli appalti in materia di raggruppamenti di impresa.

Sarebbe pertanto opportuno, nei lavori pubblici, ridurre gli effetti dirompenti di tali norme attraverso la rimozione dei limiti percentuali al subappalto (o il ripristino della disciplina previgente) e la soppressione del comma 22 dell'articolo 105, in linea con le direttive comunitarie (si veda la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia) e con quanto previsto dallo schema di decreto legislativo approvato in via preliminare dal CdM.

Tale assetto sarebbe anche più coerente con la discrezionalità in materia affidata dalle nuove disposizioni alla stazioni appaltanti.

Ovviamente tale modifica andrà strettamente coordinata con la nuova disciplina in materia di qualificazione che l'ANAC e il MIT dovranno emanare ai sensi dell'articolo 83 e 84, prevedendo il riconoscimento del principio generale di sufficienza alla partecipazione alle gare se si è in possesso del requisito relativo alla categoria prevalente.

In ogni caso e in attesa delle modifiche al Codice da apportare con i decreti correttivi nei termini previsti dalla legge delega n. 11 del 2016, sarebbe opportuno prevedere almeno una chiara interpretazione che recuperi il senso della vecchia formulazione sulla distinzione tra subappalti e forniture di cui all'articolo 118, comma 11 del vecchio Codice.

È stato poi introdotto l'obbligo di indicare in gara da parte dell'offerente una terna di subappaltatori per le parti di lavori che intende subappaltare. Tale obbligo opera per gli appalti sopra soglia comunitaria (ma non per i lavori di particolare contenuto tecnologico)

e la stazione appaltante avrà comunque la facoltà di prevedere ulteriori casi, anche sotto soglia comunitaria.

Oltre ai rischi di conflitti di interesse e lesione della corretta concorrenza causata da possibili indicazioni della stessa impresa fa più concorrenti, si rileva anche che, considerati i tempi che intercorrono fra la presentazione di una offerta e la realizzazione dei lavori, con le conseguenti modificazioni delle condizioni di mercato e della condizione soggettiva di ciascuna impresa, tale disposizione determinerà certamente la necessità di innumerevoli revoche e sostituzioni che comporteranno conflittualità e contenziosi ulteriori.

Pertanto, nel ribadire la richiesta di eliminazione di tale vincolo, in contrasto sia con l'articolo 71, comma 5 della direttiva UE 24/2014 sia con il più generale principio di divieto di *gold plating*, riteniamo comunque necessario definire:

1. che il subappaltatore non possa essere indicato ovvero contrattualizzato da più operatori economici;
2. a quali condizioni poter procedere alla sua sostituzione;
3. una più equilibrata assegnazione delle responsabilità per l'appaltatore in fase di offerta (adeguate alle sue capacità di verifica) rispetto alle dichiarazioni del subappaltatore.

Altra materia in cui sono presenti norme che rischiano di ridurre l'utilizzo è quella delle **concessioni e del partenariato pubblico privato**: già alcuni bandi hanno evidenziato tali limiti.

Il combinato disposto dell'aumento del finanziamento privato (recuperabile con canone di disponibilità) e della previsione che *"la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato"* (se si interpretasse che il canone di disponibilità fa parte dei ricavi di gestione, come potrebbe sembrare dalla lettura dell'art. 180 comma 2) renderebbe difficilmente praticabile tali strumenti per le cosiddette **"opere fredde"** (ospedali, uffici della PA).

Se questo fosse l'obiettivo del Legislatore, ovvero indirizzare la realizzazione di questa tipologia di opere pubbliche verso l'utilizzo delle altre due forme di PPP quali la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità, scontreremmo solo un problema di adattamento alla novità.

Purtroppo, però, queste due modalità di realizzazione di opere pubbliche o di pubblico interesse, pur presenti da molto tempo nel Codice dei Contratti Pubblici e confermate dalla nuova legislazione, hanno visto finora uno scarsissimo utilizzo; probabilmente perché le cause che ne hanno limitato fortemente l'utilizzo non sono solo di carattere regolatorio, ma attengono a principi di finanza pubblica e di indebitamento delle Regioni e degli enti locali che andrebbero adattati al nuovo quadro regolatorio, se tali istituti volessero essere realmente incentivati.

Pertanto, più realisticamente e al fine di mantenere una effettiva praticabilità degli istituti della concessione di costruzione e gestione e della finanza di progetto per le c.d. "opere fredde", si rende indispensabile una modifica normativa che:

1. riporti la quota di finanziamento pubblico ad un massimo del 50%, come previsto dalla normativa europea;
2. elimini la previsione della prevalenza, nei ricavi di gestione, dei servizi resi al mercato;
3. chiarisca che il canone di disponibilità non debba essere contabilizzato nei ricavi di gestione.

Eventualmente potrebbe ci si potrebbe limitare all'inserimento dei servizi direttamente legati alla disponibilità del bene (manutenzioni e gestione calore, pulizie e sanificazione, fornitura e gestione delle attrezzature necessarie all'attività).

Inoltre il nuovo Codice, agli articoli 165, comma 3 per le concessioni e 180, comma 7, per il partenariato pubblico privato, interviene sulla bancabilità delle operazioni prevedendo la risoluzione del contratto nel caso in cui il finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione stessa.

In generale nel nuovo Codice sono riprodotte, in tale materia, le medesime disposizioni dell'art. 144 del vecchio Codice dei contratti, relative alla previsione di adeguate condizioni di bancabilità dei progetti sin dalla fase di gara, dovendo tali condizioni risultare sia nei documenti a base di gara che nelle offerte presentate dai concorrenti.

L'esplicita e condivisibile volontà del legislatore di abbreviare i tempi, non ha fatto i conti con le difficoltà riscontrate per la bancabilità delle operazioni.

Per cui, sarebbe opportuno riportare i tempi necessari al perfezionamento del contratto di finanziamento a 24 mesi ovvero prevedere strumenti idonei affinché il sistema bancario sia in qualche modo obbligato, nei tempi brevi previsti, a garantire la partecipazione finanziaria nell'intervento e a perfezionare i contratti in conformità alle richieste della norma e del bando.

Per quanto riguarda la **disciplina delle soglie di aggiudicazione per la procedura negoziata**, si ritiene che l'importo di un milione di euro sia troppo alto.

Si condivide sul punto l'impostazione contenuta nelle linee guida ANAC in materia che così recitano: *"Considerata l'ampiezza del limite di soglia fino a 1.000.000,00 di euro e i rischi insiti (per definizione) nella possibilità di affidare tramite procedura negoziata una porzione ragguardevole dell'intero mercato degli appalti di lavori, appare tanto più necessaria l'individuazione di meccanismi idonei a garantire la trasparenza della procedura e la parità di trattamento degli operatori economici. Le stazioni appaltanti possono optare per il ricorso a procedure ordinarie che prevedono un maggior grado di trasparenza negli affidamenti. Per affidamenti di importo elevato, superiori a 500.000 euro,*

*la scelta di una procedura negoziata deve essere adeguatamente motivata in relazione alle ragioni di convenienza."*

Inoltre, il recente parere su tale linea guida redatto dal Consiglio di Stato rafforza ulteriormente tale necessità, in considerazione del fatto che il supremo consesso amministrativo ha ritenuto non vincolante la disciplina contenuta nell'atto regolatorio dell'ANAC.

Riteniamo dunque utile riflettere sulla opportunità di ridurre tale soglia.

Il codice poi ha introdotto una nuova disciplina delle **opere di urbanizzazione secondarie a scomputo di importo inferiore alle soglie comunitarie**: in tal caso, l'operatore economico deve fare ricorso alle procedure ordinarie con pubblicazione di avviso o bando di gara.

Proprio in relazione a quest'ultima modalità di affidamento che interessa una quota rilevante delle opere realizzate nell'ambito dell'attuazione degli interventi di trasformazione urbanistica, si ritiene necessaria un intervento correttivo che consenta di ripristinare, ove possibile, l'originaria disciplina contenuta nel sopra citato comma 3, che era stato approvato in Consiglio dei Ministri, secondo cui "Per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 1, comma 2, lettera f), del presente codice, relativi alle opere di urbanizzazione a scomputo di importo inferiore alla soglia comunitaria, si fa ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione, previa consultazione di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti".

Le ragioni di tale richiesta sono le seguenti.

Sotto un primo profilo, appare evidente come l'imposizione al soggetto privato delle procedure ordinarie si dimostra non conforme ai principi comunitari di economicità, efficacia, efficienza, tempestività e correttezza nell'attività degli operatori. Infatti appare privo di ragionevole giustificazione l'intervento normativo che ha creato, di fatto, una disciplina ad hoc per l'affidamento dei lavori (sotto soglia comunitaria) da parte degli operatori privati a fronte di un regime semplificato delineato - per le stazioni appaltanti pubbliche - dall'art. 36, comma 2 che consente l'utilizzo delle predette procedure semplificate (affidamento diretto, procedura negoziata, ecc.), per lavori di importo inferiore ad € 1.000.000. In tal senso, si ricorda che l'art. 36, comma 2, in tema di contratti sottosoglia prevede che:

- a) per affidamenti di importo inferiore ad € 40.000, si può procedere con affidamento diretto;
- b) per affidamenti di importo pari o superiore a € 40.000 e fino ad € 150.000, si procede mediante procedura negoziata con invito a cinque operatori (in base ad indagini di mercato ovvero tramite consultazione degli elenchi fornitori)
- c) per affidamenti sino ad € 1.000.000, mediante consultazione di almeno 10 operatori.

Non si comprende la ratio sottesa alla decisione del legislatore di prevedere una differente disciplina degli affidamenti sulla base della diversa natura del soggetto che procede all'affidamento (operatore privato titolare del permesso di costruire).

Sotto diverso profilo, tale disposizione comporta un aggravio procedurale e della tempistica delle procedure, a fronte di opere di esiguo valore economico.

Inoltre, la modalità di affidamento imposta potrebbe comportare una valutazione di opportunità da parte degli operatori del settore in ordine all'esecuzione delle opere a scomputo all'interno di una regolamentazione convenzionale in quanto l'operatore medesimo potrebbe preferire la liquidazione dei predetti oneri, lasciando al comune l'onere di esecuzione delle opere pubbliche funzionali agli interventi edilizi privati con conseguente assunzione di funzioni procedurali da parte dell'ente locale.

Infine, è opportuno chiarire che gli operatori economici privati che realizzano le opere di urbanizzazione non sono tenute ad osservare le norme sulla qualificazione delle stazioni appaltanti, in base al combinato disposto dell'art. 3, comma 1, lettera g) e dell'art. 38, comma 10, del Decreto Legislativo in esame, laddove si escludono espressamente dall'ambito di applicazione della norma sulla qualificazione "gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici".

**Infine alcune proposte in materia di regime di affidamento dei servizi sociali, anche in concessione.**

La sezione contenuta all'interno del d.lgs. 50/2016 lascia adito a molte incertezze interpretative sulla disciplina applicabile e il rischio di un contenzioso molto ampio.

In particolare, pur emergendo la volontà del legislatore di garantire un peculiare regime degli affidamenti ai servizi sociali facendo salva da disciplina settoriale vigente, dalla lettura del Codice non è chiaro se i servizi sociali ricadano nella disciplina dei settori ordinari oppure in quella dei settori speciali. Oppure come terza ipotesi se sia prevista una disciplina specifica all'interno dei settori speciali. Questa incertezza discende dal contenuto contraddittorio di alcune previsioni di seguito evidenziate.

In primo luogo si mette in evidenza che all'art. 35 per i servizi sociali sono previsti due diverse soglie: 750.000 al comma 2 per i settori ordinari e 1.000.000 al comma 3 in relazione ai servizi dei settori speciali. Pertanto ciò crea anche difficoltà in relazione all'inquadramento dei servizi sociali tra i settori ordinari o quelli speciali. La direttiva comunitaria prevede esclusivamente la soglia a 750.000 euro per cui a questa sembra corretto riferirsi.

In secondo luogo, i servizi sociali sono rubricati sia nella Sezione IV del Capo I del Codice denominata "Servizi sociali, concorsi di progettazione e norme su esecuzione" in cui è inserito l'art. 140, sia nel successivo Capo II denominato "Appalti di servizi sociali" in cui sono inseriti i successivi artt. 142 e 143. Inoltre, l'art. 140 è rubricato con un titolo

probabilmente erroneo e, quindi, foriero di ulteriore incertezze interpretative: "Norme applicabili ai servizi sociali dei settori speciali". Non si comprende, infatti, quali siano i servizi sociali di settori speciali ovvero il gas, l'energia, l'acqua, etc.

Queste due previsioni non chiare e non univoche comportano le suddette incertezze interpretative.

Infatti, l'art. 114 stabilisce che ai contratti relativi ai settori speciali di cui al Capo I, in cui rientrano i servizi sociali (ovvero la sezione IV e l'art. 140) si applicano gli artt. 1-58 in quanto compatibili. Tuttavia il Capo II, che parte dall'art. 142, è denominato "Appalti nei servizi sociali". La disciplina dei servizi sociali pertanto è divisa in due distinti Capi del Titolo VI del Codice e l'art. 114 fa riferimento per la disciplina speciale solo al Capo I.

Il combinato disposto delle suddette previsioni crea una serie di incongruenze in relazione alla disciplina applicabile ai servizi sociali che non sono risolvibili in via solo interpretativa, si rende necessaria una modifica legislativa.

L'art. 140 che reca un titolo non chiaro (Norme applicabili ai servizi sociali dei settori speciali), inserito nel Titolo VI Capo I del Codice, prevede che "Gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici di cui all'allegato IX sono aggiudicati in applicazione degli articoli 142, 143, 144, salvo quanto disposto nel presente articolo".

Dal punto di vista della legislazione applicabile poi, sembra evidente che il legislatore abbia inteso far salva la disciplina speciale di cui alla legge quadro sui servizi sociali (legge 328/2000) e il relativo DPCM 30 marzo 2001 e andrebbe, pertanto, esplicitato.

Questa interpretazione è stata anche condivisa dall'ANAC che nella determina n. 911 del 31 agosto 2016 evidenzia l'applicabilità delle linee guida di cui alla delibera n. 32 del 2016 che fanno riferimento proprio alla legge 328/2000 e al DPCM 30 marzo 2001. La suddetta determina dell'ANAC, infatti, chiarisce che "i principi affermati dall'Autorità nella delibera 32/2016, recante linee guida per l'affidamento dei servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali, possono ritenersi validi anche in vigore del d.lgs. 50/2016, sebbene la predetta delibera sia stata adottata sotto il vigore del d.lgs. 163/2006". Tale interpretazione porta ad escludere l'applicazione ai servizi sociali di una serie di istituti quali, ad esempio, quelli che impongono il ricorso al mercato elettronico e sotto soglia il ricorso al MEPA.

Inoltre, considerato che l'art. 2 del nuovo Codice fa salva la normativa regionale nei settori in cui c'è la competenza esclusiva, di fatto si fanno salve le normative regionali che hanno previsto meccanismi di programmazione e organizzazione, differenziati per singola regione, proprio in applicazione anche della legge 328/2000 (art. 5).

Si evidenzia che la direttiva 2014/24/UE all'articolo 76, riferito ai servizi sociali e denominato "Principi per l'aggiudicazione degli appalti", lascia liberi gli stati nel definire la disciplina nazionale e stabilisce che:

*"1. Gli Stati membri introducono norme a livello nazionale per l'aggiudicazione degli appalti ai sensi delle disposizioni del presente capo, al fine di garantire il pieno rispetto dei principi di trasparenza e*

*di parità di trattamento degli operatori economici da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. Gli Stati membri sono liberi di determinare le norme procedurali applicabili fintantoché tali norme consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di prendere in considerazione le specificità dei servizi in questione.*

*2. Gli Stati membri assicurano che le amministrazioni aggiudicatrici possano prendere in considerazione le necessità di garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, anche economica, la disponibilità e la completezza dei servizi, le esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e vulnerabili, il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti e l'innovazione. Gli Stati membri possono altresì prevedere che la scelta del prestatore di servizi avvenga sulla base dell'offerta che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo, tenendo conto dei criteri di qualità e sostenibilità dei servizi sociali".*

Si ritiene, pertanto, che sia indispensabile una serie di modifiche al Codice per chiarire che gli appalti di servizi sociali rientrano in un regime particolare di affidamenti e agli articoli 35 (Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti) per identificare una sola soglia di 750.000 euro per i servizi sociali e 140 (Norme applicabili ai servizi sociali dei settori speciali) per modificare il titolo.

Andrebbe, inoltre, inserito all'interno del Codice una norma di contenuto analogo a quella dell'art. 76 della direttiva 2014/24/UE che faccia anche riferimento alla legge 328 del 2000.

Infine il decreto legislativo non contiene alcuna previsione sulle concessioni di servizi sociali e altri servizi di cui all'allegato IX. Come previsto dalla Direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione all'art. 19 (Servizi sociali e altri servizi specifici), va prevista nel Codice una norma di contenuto analogo.

## **UNA QUESTIONE APERTA**

In conclusione alcune considerazioni su una delle modifiche chiave, a nostro avviso, del nuovo Codice ossia quella contenuta nell'art. 95 del Codice che individua i criteri di aggiudicazione.

L'art. 95, comma 2, del Codice prevede che, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, le stazioni appaltanti aggiudicano gli appalti sulla base del criterio dell'OEPV individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, oppure sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita.

In particolare devono sempre essere aggiudicati sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 3, i contratti relativi a: a) i servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica; b) i servizi ad alta intensità di manodopera (ovvero quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto - art. 50, comma 2); c) i servizi di ingegneria e architettura nonché gli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo superiore a 40.000 euro.

A questo riguardo, si segnala che le linee guida ANAC, pubblicate in via definitiva lo scorso 28 giugno 2016 e che hanno completato la fase di revisione a seguito della consultazione pubblica, sostanzialmente ripropongono le formule di più comune utilizzo (come indicato anche nella relazione AIR) ovvero le formule descritte nell'Allegato P al regolamento attuativo del vecchio Codice appalti, delle quali si era da più parti segnalata l'assoluta inadeguatezza e la grave criticità, in particolare per gli affidamenti ad alto impatto di manodopera, atteso che si tratta di formule che hanno l'effetto di spingere eccessivamente la competizione verso elemento prezzo, in antitesi con lo spirito che ha animato la scelta di imporre obbligatoriamente il ricorso al rapporto qualità/prezzo per le tipologie di appalti di cui al comma 3 dell'art 95 del Codice e di consigliarlo per tutte le altre tipologie.

L'applicazione pratica di tali formule infatti produce in concreto una **elusione dell'affidamento sulla base del rapporto qualità/prezzo** (affidamento al prezzo più basso "mascherato" da offerta economicamente più vantaggiosa).

Per tale ragione, al fine di evitare **l'incentivazione della competizione sul prezzo** anche nel caso di utilizzo del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa (e dunque necessariamente nel caso in cui ci si trovi di fronte ad affidamenti come quelli relativi a **servizi ad alto impatto della manodopera**) è indispensabile l'adozione di formule che **riducano o quanto meno non esasperino la distanza tra i punteggi attribuiti all'elemento economico** in caso di offerte oggettivamente non distanti in termini di importo assoluto. Peraltro, le distorsioni predette determinano anche la violazione del criterio di proporzionalità che deve caratterizzare l'assegnazione dei punteggi anche relativi al prezzo.

Al fine di correggere gli effetti distorsivi dell'interpolazione lineare (che dovrebbe essere decisamente sconsigliata, se non del tutto vietata nel caso di appalti *labour intensive* proprio per l'effetto **sostanzialmente elusivo** del criterio obbligatoriamente indicato dal Legislatore che il predetto metodo determina), e per superare definitivamente anche le formule correttive del metodo dell'interpolazione bilineare inserite nel vecchio Allegato P (che comunque non risultano risolutive) potrebbero impiegarsi metodi quali quello della **proporzionalità inversa** che opera mettendo a confronto gli importi offerti dai singoli concorrenti o il **metodo dell'interpolazione bilineare con taglio delle ali nel calcolo della media** che, evitando di considerare le offerte che presentino il maggiore e il minore ribasso, consente di evitare l'attribuzione di un peso eccessivo all'elemento prezzo, pur salvaguardando le esigenze della pubblica amministrazione di garantirsi la prestazione di servizi a prezzi congrui.

