



IL CODICE DEGLI APPALTI PUBBLICI ALLA LUCE DEL D. LGS. 56/2017

Focus sulle seguenti tematiche:

La figura del RUP, le procedure e i criteri di affidamento, le gare telematiche e l'esecuzione del contratto d'appalto pubblico

**VILLA EMO
VIA STAZIONE 5
FANZOLO DI VEDELAGO (TV)**

**15 MARZO 2018
ore 09:00 - 14:00**



info@studioamica.it
www.studioamica.it



Ci tengo ad iniziare con una breve premessa

Nessun approccio è proficuo, e forse nemmeno possibile, alla materia dei contratti senza conoscere e introitare alcune «semplici» norme fondamentali. Senza queste è del tutto inutile affrontare codici, regolamenti, bandi, lettere di invito e ogni altro provvedimento:

- ✓ **Costituzione:** art. 3 (uguaglianza); art. 23 (principio di legalità); art. 24 (diritto alla difesa); art. 28 (responsabilità funzionari e dipendenti); art. 41 (libertà economica); art. 97 (buon andamento e imparzialità della p.a.); art. 113 (tutela giurisdizionale illimitata di interessi e diritti contro gli atti della p.a.) *(si può sopravvivere anche senza averla mai letta, come il 90% dei parlamentari, ma almeno i fondamentali ...)*
- ✓ **Preleggi:** articoli 11, 12, 14 e 15
- ✓ **Codice civile:** articoli 1227, 1325, 1331, 1337, 1339, 1346, 1355, da 1362 a 1370, 1456, 1457, 2043 e 2058
- ✓ **e infine l'unica vera norma che le assorbe tutte ... fatta salva una diversa interpretazione di ANAC**



Art. 31. (RUP – Responsabile unico del procedimento)

- ✓ Nomina al momento dell'adozione o della revisione dei Programmi (DUP)
- ✓ All'atto d'avvio relativo a ogni singolo intervento non incluso nei Programmi
- ✓ Dal dirigente/funziionario apicale con atto formale
- ✓ *In caso di mancata nomina deve intendersi che la funzione di RUP sia attribuita "automaticamente e naturalmente" al dirigente o al funzionario che dirige l'ufficio, se la stazione appaltante non dispone di posizioni dirigenziali; rinvio all'art. 5, comma 2, legge n. 241 del 1990 (T.A.R. Firenze, 12 maggio 2017, n. 672, confermata da Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2018, n. 778)*
- ✓ Indicato nella documentazione di gara (bando / lettera di invito)
- ✓ Le funzioni elencate al comma 4, lettere dalla a) alla i), in particolare:
 - f) ... e sorveglia la efficiente gestione economica dell'intervento;
 - i) verifica e vigila sul rispetto del contratto nelle concessioni (e negli appalti?)

Linee Guida n. 3 (Rev. 1) sul RUP

- 2.2. È individuato tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità organizzativa **inquadriati come dirigenti o dipendenti con funzioni direttive (?)** o, in carenza di tali figure, tra i dipendenti in servizio con **analoghe caratteristiche**. Necessaria l'immedesimazione organica (non esternalizzabile)
- 2.3. Non può trovarsi in conflitto di interesse ex art. 42, comma 2 (*ma tale condizione si può verificare solo dopo la nomina*)
- Non può essere stato condannato (*anche con sentenza non passata in giudicato*), per i reati (delitti) dei pubblici ufficiali contro la P.A (artt. da 314 a 335; **no** 353 e 353-bis).
- 2.4. Dev'essere dotato di competenze professionali adeguate all'incarico da svolgere. Nel caso di affidamento di (lavori ?) servizi di ingegneria e architettura deve essere un tecnico abilitato (?) all'esercizio della professione, anche con qualifica non dirigenziale.

Può essere progettista e DL per lavori non complessi < 1.500.000

Può essere progettista e DEC per servizi e forniture non complessi < 500.000

Linee Guida n. 3 (Rev. 1) sul RUP

LAVORI (*) < 150.000	Diploma tecnico quinquennale	anzianità di servizio ed esperienza di 3 anni nell'affidamento di appalti e concessioni
LAVORI (*) => 150.000 < 1.000.000	Diploma tecnico quinquennale	anzianità di servizio ed esperienza di 10 anni nell'affidamento di appalti e concessioni
	Laurea triennale con iscrizione all'Albo	anzianità di servizio ed esperienza di 3 anni nell'affidamento di appalti e concessioni
	Laurea quinquennale e abilitazione (?)	esperienza di 3 anni nell'affidamento di appalti e concessioni
LAVORI (*) => 1.000.000 < 5.548.000	Laurea triennale e iscrizione all'Albo	anzianità di servizio ed esperienza di 5 anni nell'affidamento di appalti e concessioni
	Laurea quinquennale e abilitazione (?)	esperienza di 3 anni nell'affidamento di appalti e concessioni
LAVORI < 5.548.000	<i>Diploma tecnico quinquennale (*)</i>	<i>anzianità di servizio ed esperienza di 15 anni nell'affidamento di appalti e concessioni (*)</i>
LAVORI => 5.548.000	Laurea quinquennale e iscrizione all'Albo	anzianità di servizio ed esperienza di 5 anni nell'affidamento di appalti e concessioni
Lavori particolarmente complessi (dopo qualificaz. S.A.)		Competenza in Project management

(?) equivocità tra «abilitazione» e «iscrizione all'albo»

SERVIZI E FORNITURE < 221.000/750.000	Diploma superiore quinquennale	anzianità di servizio ed esperienza di 5 anni nell'affidamento di appalti e concessioni
	Laurea triennale	esperienza di 3 anni nell'affidamento di appalti e concessioni
	Laurea quinquennale	esperienza di 2 anni nell'affidamento di appalti e concessioni
SERVIZI E FORNITURE => 221.000/750.000	Diploma superiore quinquennale	anzianità di servizio ed esperienza di 10 anni nell'affidamento di appalti e concessioni
	Laurea triennale o quinquennale	anzianità di servizio ed esperienza di 5 anni nell'affidamento di appalti e concessioni
Servizi e Forniture particolarmente complessi (solo dopo la qualificazione delle S.A.)		Competenza in Project management

- ✓ Applicazione del principio «nel più sta il meno»
- ✓ Anzianità di servizio richiesta in taluni casi e in altri no senza criterio
- ✓ Esperienza non nell'oggetto dell'appalto ma in attività procedurali di scelta del contraente (*che serve a poco se la scelta del contraente è affidata a CUC, SUA o soggetti aggregatori*), mentre il «titolo di studio» nelle materie attinenti l'affidamento è citato solo **nel box di sintesi**
- ✓ Conflitto tra esperienza pluriennale e rotazione periodica dei dirigenti/funzionari
- ✓ Instabilità cronica dei RUP: la S.A. deve ricorrere a RUP diversi (anche di altre p.a.) in funzione di importi e/o requisiti di ciascuno; necessità di più RUP (non disponibili); la maggior parte dei tecnici difetteranno di requisiti

RUP: «Attività critiche sottovalutate» fase di gara

- ✓ **Presenza nella (o presidenza della) Commissione giudicatrice**
- ✓ **Tutela della riservatezza candidati invitati in procedure ristrette e negoziate**
- ✓ **Suddivisione in lotti (o motivazione circa la mancata suddivisione)**
- ✓ **Individuazione delle categorie (nei Lavori) o delle prestazioni secondarie**
- ✓ **Individuazione e applicazione dei criteri ambientali minimi**
- ✓ **Individuazione dei casi in cui è necessaria la terna di subappaltatori**
- ✓ **Scelta del criterio dell'offerta e di elementi/pesi di valutazione qualità/prezzo**
- ✓ **Valutazione delle situazioni «marginali» in cause di esclusione ex art. 80**
- ✓ **Valutazione delle situazioni «complesse» (consorzi, rami d'azienda, SOA)**
- ✓ **Verifica delle giustificazioni delle offerte sintomatiche di anomalia**
- ✓ **Gestione degli accessi alle informazioni e del precontenzioso**

RUP: «Attività critiche sottovalutate» fase esecutiva

Fase ampiamente trascurata dal Codice e dalla giurisprudenza

- ✓ Contrattualizzazione / Attuazione esecutiva delle offerte tecniche
- ✓ Autorizzazioni e vigilanza sui subappalti (costi manodopera senza ribasso)
- ✓ Approvazione di modifiche contrattuali e di varianti (art. 106)
- ✓ Accertamento della regolare tenuta del Giornale dei lavori
- ✓ Accertamento della regolare tenuta della contabilità (informatizzata)
- ✓ Istruttoria per l'approvazione dei collaudi

Trasformati da tecnici a robot per il continuo, ripetuto (e inutile) inserimento di dati in troppe banche dati, diventata ormai l'unica occupazione (es. delibere ANAC 8 novembre 2017, n. 1134 e 21 febbraio 2018, n. 141) *(Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza ... Assolvimento degli obblighi di pubblicazione), BDAP del MEF, conciliazione CIG e CUP ecc. ecc.*

E ancora non avete provato le delizie della BDNCP presso ANAC, integrata col SIOPE e il SIOPE+, con la fatturazione elettronica ex commi 411, 413 e 414 della di bilancio per il 2018 n. 205 del 2017



➔ E infine Lei ... ANAC, oltre a Corte dei conti e giudice penale

Secondo i quali siamo (e siete) quasi tutti corrotti

A questo proposito io sconsiglio vivamente di richiedere pareri ad ANAC, In disparte i tempi morti e l'incertezza (le risposte sono tutt'altro che tempestive e spesso non convincenti), si rischia di innescare un procedimento incontrollabile e un circolo vizioso inconcludente che impegna tempi e risorse, oltre che la «normale» trasmissione degli atti alla procura sia contabile che penale ...

... che per il RUP potrebbe concludersi in questo seccante modo



➔ Operatori economici

Sotto il duplice profilo di partecipanti alla «lotteria» degli appalti quali titolari di offerte non sempre adeguate e di esecutori in cerca di sopravvivenza



Del resto con l'alibi della prevenzione della corruzione, come se la corruzione si potesse combattere con le «carte» o meglio, con la trasmissione di una caterva di dati, reiterati, spesso gli stessi, spesso già noti, in barba alla **«unicità degli invii»** ex art. 3, comma 1, lettera gggggg-bis)

[sic! Forse a Roma non hanno ancora capito che le lettere dell'alfabeto sono solo 26 mentre i numeri sono infiniti?]

Tanto che il professor Giovanni Maria Flick, in un'intervista all'Espresso (quando gli obblighi di trasmissione erano la metà di quelli odierni), alla domanda **«Ma secondo Lei, tutte queste norme anticorruzione, funzionano?»** rispose secco **«Certamente, i funzionari pubblici sono totalmente impegnati a compilare moduli on-line, tramettere dati, comunicare e pubblicare a destra e a manca, e quando mai possono trovare il tempo per farsi corrompere?»**

Pareri di precontenzioso di ANAC (art. 211, comma 1)

1. Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere, **previo contraddittorio**, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente consentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'art. 120 del c.p.a.. In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'art. 26 del c.p.a.

(Regolamento 5 ottobre 2016 di ANAC in G.U. n. 245 del 29 ottobre 2016)

Legittimazione di ANAC nel giudizio amministrativo (art. 211, commi 1-bis, 1-ter, 1-quater)

1-bis. L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di **rilevante impatto**, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi **violino le norme** in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

1-ter. L'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da **gravi violazioni del presente codice**, emette, entro 60 giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a 60 giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi 30 giorni, innanzi al giudice amministrativo. Si applica l'art. 120 del c.p.a. ...

1-quater. L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter.

(Regolamento 15 febbraio 2017 di ANAC superato e non ancora sostituito)

Art. 29. (Principi in materia di trasparenza)

1. Tutti gli atti ... relativi alle procedure per l'affidamento ... devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione “Amministrazione trasparente” ... Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso *[al T.A.R. entro i successivi 30 giorni]*, sono altresì pubblicati, nei successivi 2 giorni dalla data di adozione dei relativi atti, ... le esclusioni ... e le ammissioni ***[non dei candidati!]*** all'esito della verifica della documentazione attestante ***[recte: delle dichiarazioni attestanti]*** l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, nonché la sussistenza dei requisiti ... Entro il medesimo termine di 2 giorni è dato avviso ai **candidati** e concorrenti *[al domicilio digitale]*, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad **accesso riservato** dove sono disponibili i relativi atti ***[ma non erano pubblicati?]***. Il termine per l'impugnativa ... decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione... Gli atti ... recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente.

Art. 120 del C.P.A.

(Disposizioni specifiche ai giudizi in materia di appalti)

2-bis. Il provvedimento che determina le esclusioni ... e le ammissioni ... all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici... **L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure** di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione ... e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività.

Affidamenti dei Lavori in funzione della soglia di importo

< 40.000	Affidamento diretto (art. 36, comma 2, lettera a)	
> 40.000 < 150.000	Procedura negoziata (Previa avviso esplorativo o attingendo ad elenchi) <i>(ammesse offerta del minor prezzo, art. 95, comma 4, ed esclusione automatica, art. 97, comma 8) (i)</i>	con almeno 10 inviti (art. 36, comma 2, lettera b))
> 150.000 < 1.000.000		con almeno 15 inviti (art. 36, comma 2, lettera c))
=>1.000.000 <= 2.000.000	Procedura aperta o ristretta (art. 36, comma 2, lettera d)) <i>(ammessa offerta del minor prezzo ed esclusione automatica) (i)</i>	
> 2.000.000 < 5.548.000	Procedura aperta o ristretta (art. 36, comma 2, lettera d))	
=> 5.548.000	<i>(offerta miglior rapporto qualità/prezzo)</i>	

(i) *Calcolo dell'anomalia solo in presenza di almeno 5 offerte ammesse; esclusione automatica ammessa solo in presenza di almeno 10 offerte ammesse.*

Affidamenti dei Servizi tecnici in funzione dell'importo

< 40.000	Affidamento diretto (art. 31, comma 8; art. 36, comma 2, lettera a); art. 37, comma 1) (<i>ammessa offerta solo prezzo</i>)	
=> 40.000 < 100.000	Procedura negoziata con almeno 5 inviti (<i>solo offerta qualità/prezzo</i>) (art. 36, comma 2, lettera b); art. 157, comma 2, primo periodo)	
=> 100.000 < 221.000	Procedura aperta o ristretta (art. 59, comma 1, art. 157, comma 2, secondo periodo)	<i>(solo offerta qualità/prezzo)</i>
=> 221.000	Procedura aperta o ristretta (art. 59, comma 1, art. 157, comma 1)	

Affidamenti di Servizi e forniture in funzione dell'importo

< 40.000	Affidamento diretto (<i>ammessa offerta solo prezzo</i>) (art. 32, comma 14; art. 36, comma 2, lettera a); art. 37, comma 1)
=> 40.000 < 221.000	Procedura negoziata con almeno 5 inviti (art. 36, comma 2, lettera b)) (ii)
=> 221.000 < 750.000	solo servizi sociali e altri servizi di cui all'allegato IX (ii) (iii) Procedura negoziata con almeno 5 inviti (previa ricerca di mercato)
=> 221.000 < 750.000	Altri servizi e forniture: Procedura aperta o ristretta (art. 59, comma 1) (iii)
=> 750.000	Procedura aperta o ristretta (art. 59, comma 1) (iii)

(ii) *Ammessa offerta solo prezzo solo per prestazioni di importo inferiore alla soglia comunitaria e solo se caratterizzati da elevata ripetitività (con motivazione adeguata sul punto).*

(iii) *Ammessa offerta solo prezzo solo per prestazioni con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato (con motivazione adeguata sul punto).*

(ii/iii) *In ogni caso prevalgono sulle condizioni di cui ai punti (ii) e (iii) e comportano obbligatoriamente il criterio del miglior rapporto qualità prezzo, le seguenti prestazioni di servizi o forniture:*

a) *di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo;*

b) *servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica;*

c) *ad elevata intensità di manodopera (art. 50, comma 1, secondo periodo).*

Affidamenti di appalti sotto soglia

Articolo 36 del Codice, Linee guida ANAC n. 3

Qui incontriamo le due «bestie nere» degli affidamenti sottosoglia:

- ✓ *La «**motivazione**» che sembra diventato il **sacro graal** e che è invocata anche dove non è di alcuna utilità, al solo scopo di non assumere le responsabilità delle decisioni da adottare (responsabilità comunque non facili da assumere, anche se secondo ANAC «**Non si deve aver paura degli avvisi di garanzia**») (*)*
- ✓ *La «**rotazione**» sulla cui applicazione sorgono dubbi interpretativi irrisolvibili più che irrisolti, tanto che perfino ANAC, nelle premesse alla revisione delle Linee guida n. 4 sugli affidamenti sottosoglia (ora approvate e in attesa di pubblicazione in G.U.) si interroga sulle modalità pratiche, limitandosi a indicare soluzioni la cui percorribilità è fonte di molteplici contraddizioni e inconvenienti sui quali torneremo più avanti.*

() R. Cantone, intervistato da Gruber a «Otto e mezzo» del 31 gennaio 2017*

Gli affidamenti «diretti» a cura del RUP

L'art. 36, comma 2, lettera a), dopo il correttivo, non prevede più la «adeguata motivazione» per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro.

- ✓ *Se la motivazione è necessaria ai sensi del principio generale della legge n. 241 del 1990, non significa «motivazione del ricorso all'affidamento diretto» bensì “motivazione circa l'idoneità e l'adeguatezza dell'operatore individuato in relazione al contratto da affidare” (in tal senso anche il punto 4.3.1 delle Linee guida n. 3); diversamente opinando la lettera a) dell'art. 36, comma 2, sarebbe inutiliter data, in quanto assorbita dalla lettera b) della stessa norma.*
- ✓ *Lo stesso vale per gli affidamenti di servizi tecnici di cui all'art. 31, comma 8, in posizione radicalmente autonoma rispetto agli affidamenti subordinati a confronto concorrenziale disciplinati all'art. 157.*
- ✓ *Questo soprattutto dopo il correttivo che ha sdoganato l'omissione di due preventivi (il cui obbligo, peraltro, non esisteva nemmeno prima del correttivo) e i limiti espliciti alla motivazione.*

Gli affidamenti «diretti» a cura del RUP

- ✓ Con l'aggiunta del secondo periodo all'art. 32, comma 2, Nell'affidamento diretto, sono **accorpati in un unico provvedimento**: la determina a contrattare, l'affidamento e l'impegno di spesa, sopprimendo la «prenotazione della spesa».
- ✓ Il 4 gennaio 2018 (intervista a La Repubblica) è stata promessa la revisione delle Linee guida n. 3 (sotto soglia) semplificandole: risultato, nuove soglie (arbitrarie): fino a 1.000 euro quasi libere (troppa grazia), fino a 5.000 euro con controlli disciplinati da un regolamento (un altro!) interno; fino a 20.000 euro e fino a 40.000 euro, peraltro con la stessa disciplina, per cui non si comprende l'utilità di soglie e regolamenti. Malgrado la formulazione come diktat (con i comandi «deve, dovrà, devono», ripetuti 63 volte) si tratta di istruzioni **non vincolanti**.
- ✓ Novità, tutt'altro che sconvolgente: non si applica la rotazione se l'affidamento precedente è avvenuto con procedura aperta, ristretta o negoziata senza limitazione del numero dei candidati; non ci voleva un genio per capirlo.

Gli affidamenti con procedura negoziata

L'art. 36, comma 2, lettera b) e c), consente il ricorso alla procedura negoziata per lavori di importo < 1.000.000 di euro (non rileva in questa sede la distinzione tra gli appalti < 150.000 euro con 10 inviti e oltre tale importo con 15 inviti).

- ✓ ***Sgombriamo il campo dal presunto obbligo di motivazione per ricorrere alla procedura negoziata. La norma non la richiede come invece la richiede per le procedure negoziate eccezionali (art. 63), per il dialogo competitivo (art. 64), per il criterio dell'offerta (art. 95), per i lavori urgenti (art. 163) e per gli affidamenti in house (art. 192).***
- ✓ ***La dottrina prevalente ritiene necessaria la motivazione ai sensi dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990; tuttavia questa norma (così come i principi generali) richiedono la motivazione quando questa influisce o è a base della decisione in relazione alle risultanze dell'istruttoria, o quando la decisione può essere assunta in relazione a più di opzioni possibili o a scelte discrezionali o che incidono sugli interessi o i diritti di terzi.***
- ✓ ***Diversamente opinando si dovrebbe motivare anche il ricorso alla procedura aperta (cosa che ovviamente appare un'assurdità) eppure si tratta sempre di un provvedimento amministrativo. Dobbiamo invece convincerci che la procedura aperta e la procedura negoziata hanno pari dignità, una volta che sussistono i presupposti di legge.***

Gli affidamenti con procedura negoziata

Il Codice, oltre a invocare i soliti principi generali di trasparenza, non discriminazione ecc. ecc. introduce a forza la «rotazione», che il Codice abrogato limitava a particolari fattispecie e inesistente nella Direttiva comunitaria. Dimenticando che la «rotazione» non è un principio, è un metodo (e non il solo) per perseguire i principi generali.

L'art. 36, comma 7, del Codice individua due modalità per la scelta del contraente:

- ✓ **Le indagini di mercato;***
- ✓ **La formazione e la gestione di elenchi di operatori economici ai quali attingere.***

Attuando tale norma ANAC ha emesso le Linee guida n. 4 dove, secondo la migliore tradizione, la procedura negoziata, introdotta per semplificare gli appalti minori nel rispetto dei principi di ragionevolezza e semplificazione, diventa più problematica delle procedure aperte e ristrette. In sostanza, volendo dettagliare fino allo spasimo il procedimento, per la sfiducia riposta nelle stazioni appaltanti, si è finito per rendere le procedure semplificate più complesse di quelle che si volevano semplificare (con rovesciamento dei principi di semplificazione, economia dei mezzi, proporzionalità, ragionevolezza ecc.)

Gli affidamenti con procedura negoziata: Le indagini di mercato

Avviso pubblico sul Profilo di committente per 15 giorni, eventuale selezione dei 10 o 15 soggetti da invitare, richiesta di invito a presentare offerta con un termine di almeno 10 giorni. Si tratta di una prassi ormai consolidata sulla quale è maturata un'esperienza diffusa che tuttavia non ha risolto questioni di rilievo.

PRO

- ✓ *Certezza di invitati in possesso dei requisiti necessari (dichiarati in fase di candidatura);*
- ✓ *Possibilità di richiesta di invito in RTI o con avvalimento (facilitate le PMI);*
- ✓ *Sufficiente facilità di applicazione della rotazione (degli invitati o degli aggiudicatari?).*

CONTRO

- ✓ *Partecipazione spesso di un numero di candidati eccessivo e spropositato, con necessità pratica della selezione di un numero limitato di operatori da invitare;*
- ✓ *Doppia fase (candidatura e offerta) con duplicazione di atti e di tempi;*
- ✓ *Complicazioni del procedimento per mantenere la riservatezza del nome degli invitati a fronte della forma pubblica della selezione.*

Gli affidamenti con procedura negoziata: Gli elenchi

Elenco «aperto» avviato e rinnovato con avviso pubblico sul profilo di committente o reso pubblico su siti dei soggetti aggregatori o delle CUC o delle Stazioni appaltanti.

PRO

- ✓ *Fase unica (le candidature sono vagliate in fase di iscrizione all'elenco, tipo MEPA);*
- ✓ *Redazione della sola lettera di invito evitando l'avviso pubblico specifico;*
- ✓ *Una sola sessione pubblica di gara*

CONTRO

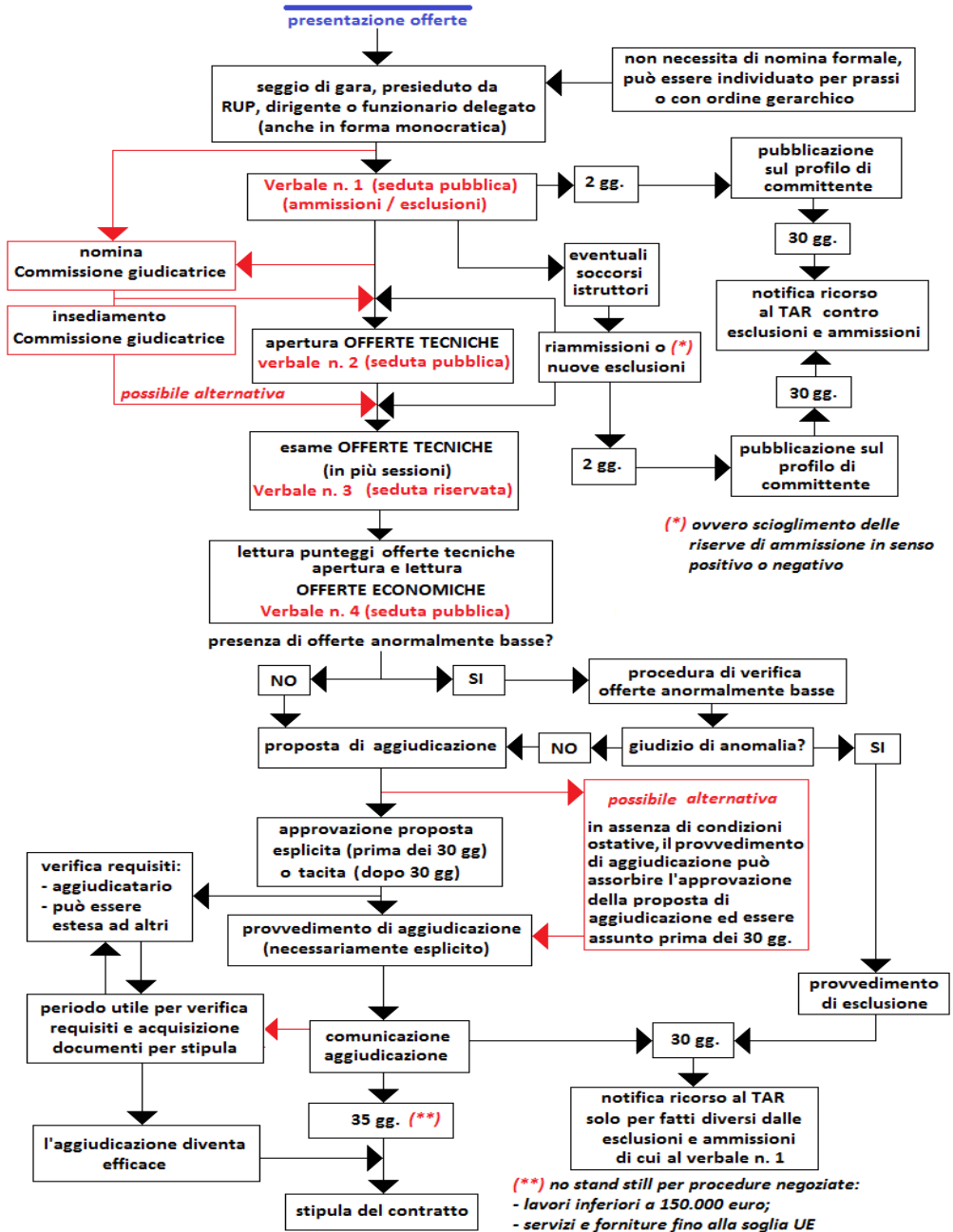
- ✓ *Problematiche nella selezione degli operatori in caso di appalti con più categorie;*
- ✓ *Rischio di invitare soggetti sprovvisti di qualche requisito tecnico per il singolo appalto;*
- ✓ *Rischio di conoscenza pubblica degli invitati in caso di elenchi «corti» o a «scorrimento»;*
- ✓ *Difficoltà nella ripartizione in elenchi per categorie (e, secondo ANAC, per soglie di importo);*
- ✓ *Difficoltà per le iscrizioni in più categorie e di iscrizione di R.T.I. e Consorzi o consorziati;*
- ✓ *Difficoltà negli aggiornamenti (almeno semestrali in relazione alla durata delle autodichiarazioni), nelle soppressioni e nelle nuove iscrizioni medio tempore;*
- ✓ *Difficoltà nella gestione delle rotazioni.*

Gli affidamenti con procedura negoziata: la rotazione

- ✓ *Nelle indagini di mercato è consolidato il sorteggio pubblico, con alcuni accorgimenti per mantenere riservati nominativi degli invitati.
Si tratta di un sistema primitivo e deprecabile ma nessuno ha trovato un sistema migliore.
Un diverso sistema di selezione dovrebbe essere basato su criteri oggettivi ed elementi certi predefiniti; nessun sistema alternativo al sorteggio pare possibile nelle gare di lavori dove è richiesta la sola attestazione SOA, salvo particolari e fantasiose invenzioni comunque complicate e potenzialmente censurabili.*
- ✓ *L'art. 26, comma 7, secondo periodo del Codice parla di «... modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti ...»; ANAC, nelle Linea guida n. 4 (punto 3.6) recita «Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito .. nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento»*
- ✓ *La G.A. si è concentrata praticamente solo sulla possibilità o meno di invitare il contraente **uscente, cioè al pericolo di «consolidamento» del rapporto con determinati operatori**; ma questa fattispecie è limitata a servizi e forniture ripetitivi (annuali o pluriennali continuativi) e non ricorre per i lavori o per servizi e forniture «puntuali» e comunque uno diverso dall'altro.*

Procedura negoziata: rotazione e problematiche comuni

- ✓ *Se applicata agli invitati è eccessivamente e arbitrariamente punitiva; si potrebbe arrivare a manifestazioni di interesse in numero insufficiente per la diserzione di incitati precedenti;*
- ✓ *negli elenchi «corti» la rotazione è una finzione, negli elenchi «lunghi» una volta invitato l'operatore dovrà aspettare il prossimo secolo per essere invitato nuovamente; se a «scorrimento» gli invitati sono palesati dalla pubblicità dell'elenco (punto 4.1.10 Linee guida)*
- ✓ *Le categorie «infrequenti» danno luogo per forza ad elenchi «corti»*
- ✓ *Quali precedenze dare in caso di qualificazioni analoghe o assorbite?*
- ✓ *In tutti i casi il mancato invito riguarderà NON le successive gare di tutte le categorie ma della sola categoria alla quale ha partecipato (o si è aggiudicato) e l'importo dell'appalto come incide sulla rotazione in rapporto alle diverse classifiche di qualificazione?*
- ✓ *La suddivisione dell'elenco per categorie è naturale ma è necessaria anche «per importo»?*
- ✓ *In caso di meno di 10 offerte (possibile per la rinuncia di alcuni invitati) nell'offerta di prezzo è impraticabile l'esclusione automatica delle offerte anomale e si deve ricorrere alla verifica delle giustificazioni dell'offerta, procedimento che per motivi noti non si augura a nessuno.*

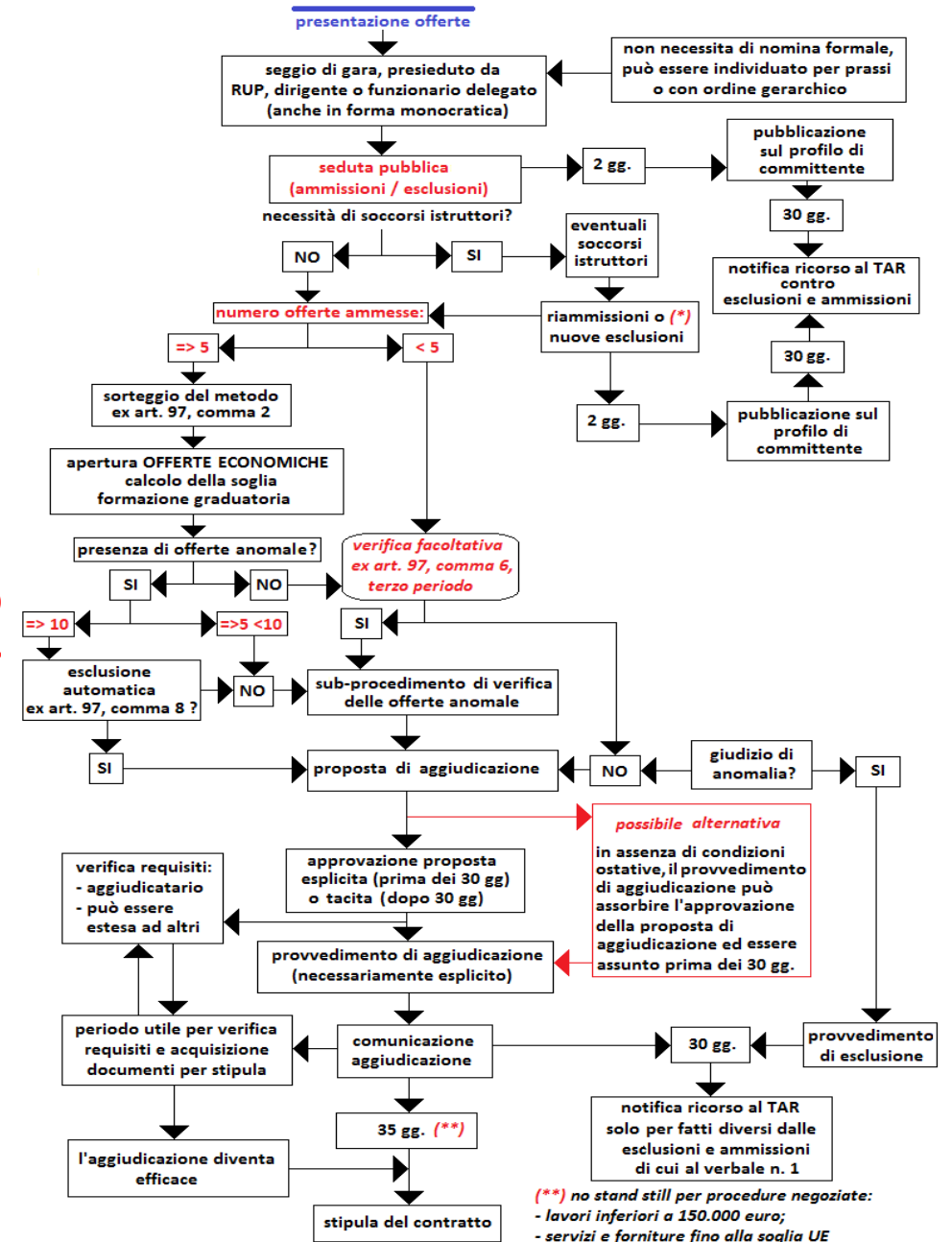


Criterio:

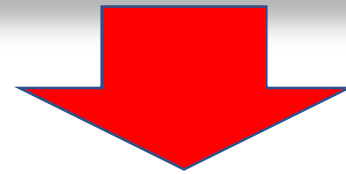
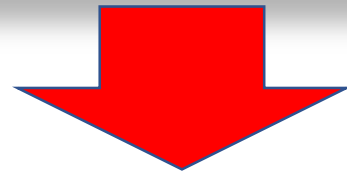
Qualità/prezzo



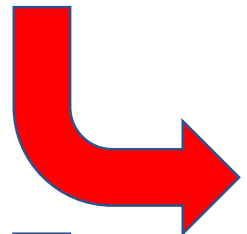
Solo prezzo



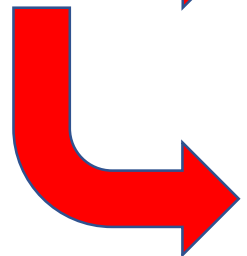
OFFERTA ECONOMICAMENTE PIU' VANTAGGIOSA (unificazione terminologica)



Qualità/prezzo

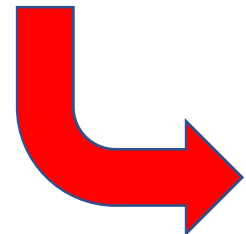


elementi tecnici
elementi prestazionali
altri elementi qualitativi



elementi prezzo (*)
*elementi efficacia (**)*

Prezzo/efficacia



elemento prezzo
elemento/i efficacia
(es. LCC, LCA, timing)

(*) *prezzo o costo*

(**) *altri elementi quantitativi
a valutazione vincolata*

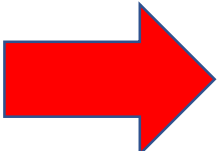
Offerta qualità/prezzo (art. 95, commi 3 e 6) **(già offerta economicamente più vantaggiosa)**

Offerta del solo minor prezzo (art. 95, comma 4):

- ✓ **lavori di importo inferiore a 2.000.000 euro**
- ✓ **servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato (senza limiti di soglia)**
- ✓ **servizi e forniture inferiori a 221.000/750.000 euro caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo (e fatta eccezione per quelli con costo della manodopera > 50%)**

**Tutti gli altri contratti devono essere aggiudicati con il criterio
Qualità/prezzo**

Offerta qualità/prezzo (art. 95, commi 3 e 6) (già offerta economicamente più vantaggiosa)



In ogni caso NON può essere usato il criterio del solo prezzo nell'affidamento di:

- ✓ servizi di natura tecnica (ingegneria e architettura), di importo superiore a 40.000 euro;
- ✓ Servizi sociali;
- ✓ Servizi di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica;
- ✓ Servizi ad alta intensità di manodopera, il cui costo della manodopera è pari almeno al 50 % dell'importo totale del contratto (?) ex art. 50. Questa condizione prevale sulle caratteristiche standardizzate, le cui condizioni sono definite dal mercato e l'elevata ripetitività?

(?) del contratto non dell'appalto! E come determinare costo e incidenza?

Criterio dell'offerta: qualità/prezzo vs. minor prezzo (art. 95) primo aspetto irrisolto: il contrasto tra i commi 3 e 4

- Art. 95, comma 3: Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo:

lettera a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, e i servizi ad **alta intensità di manodopera**, come definiti all'art. 50, nei quali il costo della manodopera è pari o superiore al 50% dell'importo totale del contratto [*recte: dell'appalto*]

- Art. 95, comma 4: Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo:

lettera b) servizi e forniture con caratteristiche **standardizzate** o le cui condizioni sono **definite dal mercato**;

lettera c) servizi e forniture di importo **fino alla soglia comunitaria solo se caratterizzati da elevata ripetitività**, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

Quale criterio quando coesistono ambedue le condizioni opposte?

Prevale la condizione dell'incidenza della manodopera con applicazione del criterio di qualità/prezzo o prevalgono le condizioni standardizzate o l'elevata ripetitività con applicazione del criterio del minor prezzo?

Criterio dell'offerta: qualità/prezzo vs. minor prezzo (art. 95) primo aspetto irrisolto: il contrasto tra i commi 3 e 4

Per l'obbligo del criterio di qualità/prezzo: T.A.R. Roma, 13 dicembre 2016, n. 12439; T.A.R. Potenza, 27 settembre 2017, n. 612; Consiglio di Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014; T.A.R. Catania, sez. III, 19 febbraio 2018, n. 389.

La conclusione sembrava pacifica sull'onda della «moda» che attribuisce preferenza al criterio dell'offerta di qualità/prezzo, decantata come miracolosa sin dal momento dell'emanazione del Codice (si vedano prima la conferenza post C.d.M. e poi gli interventi di ANAC, Delrio e altri nei vari talkshow)

Sennonché

Per l'ammissibilità del criterio del minor prezzo: Consiglio di Stato, sez. III, 13 marzo 2018, n. 1609 (conferma T.A.R. Venezia, 5 ottobre 2017, n. 886); come in precedenza T.A.R. L'Aquila, 13 gennaio 2017, n. 30.

Quindi la stessa sezione di Palazzo Spada si è pronunciata in modo opposto a distanza di 10 mesi.

È ovvio che il RUP è lasciato in mezzo al guado; tuttavia se sposa la prima tesi non avrà rischi di contestazione sul criterio scelto, imbarcandosi però nel labirinto e nelle problematiche che caratterizzano l'offerta di qualità prezzo viste in precedenza. L'applicazione della seconda tesi ha riflessi pratici sull'impugnativa del bando.

Criterio dell'offerta: qualità/prezzo vs. minor prezzo (art. 95) secondo aspetto irrisolto: lesività del bando con criterio illegittimo

Cosa succede se è bandita una gara con il criterio del solo prezzo a fronte di un obbligo di applicare il criterio di qualità/prezzo?

- **tesi tradizionale**: ricorso inammissibile per carenza di interesse (assenza della lesività attuale e immediata) della clausola del bando. In tal senso T.A.R. Bari, 30 ottobre 2017, n. 1109; T.A.R. Venezia, 21 luglio 2017, n. 731; principi desumibili da Consiglio di Stato, A.P., 29 gennaio 2003, n. 1
- **nuovo indirizzo ermeneutico**: necessità di impugnativa tempestiva del bando pena la irricevibilità del ricorso contro l'aggiudicazione ad altri; così il Consiglio di Stato, Sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014; in tal senso T.A.R. Roma, 7 agosto 2017, n. 9249; T.A.R. Potenza, 27 settembre 2017, n. 612.

La questione è stata rimessa all'A.P. con ordinanza della Sez. III, 7 novembre 2017, n. 5138. Se prevalesse il nuovo indirizzo, la scelta arbitraria del criterio del solo prezzo dovrebbe essere impugnata di norma prima della conclusione della gara, con il vantaggio pratico della possibile cristallizzazione della scelta di semplificazione.

In conclusione, anche al RUP, come al giudice amministrativo, resta spesso solo la sorte (e la fortuna) sperando di azzeccare la scelta, secondo la teoria del giudice Brigliadoca

... assiste al processo del giudice Briagliadoca, il quale dava sentenze secondo la sorte dei dadi.

Il presidente, i senatori e consiglieri lo pregarono di entrare con loro per udire la decisione sulle cagioni e ragioni che avrebbe addotto Briagliadoca, per giustificarsi d'aver pronunciato sentenza contraria all'eletto Toccarotondo, sentenza che non pareva in tutto equa a quella Corte centumvirale.

... trova là [il giudice] Briagliadoca seduto in mezzo alla sala. Per tutte ragioni e scuse egli nulla rispondeva se non che era divenuto vecchio e non aveva più la vista tanto buona come il solito, e allegava parecchie miserie e calamità che la vecchiaia porta con sé. Egli non vedeva dunque più tanto distintamente i punti dei dadi come pel passato onde come era avvenuto a Isacco che, vecchio e debole di vista aveva scambiato Giacobbe per Esaù, così nel decidere il processo in questione, aveva potuto scambiare un quattro per un cinque, tanto più considerando che aveva adoperato i suoi dadi più piccoli. Per norma di diritto le imperfezioni di natura non devono esser imputate a crimine. E chi altrimenti facesse non accuserebbe l'uomo, ma la natura.

- Di che dadi intendete parlare, amico mio? domandò Trincamella, gran presidente della Corte.
- I dadi delle sentenze, rispose Briagliadoca; dei quali dadi voialtri, Signori, usate comunemente in questa Corte Sovrana; così fanno anche tutti gli altri giudici per decidere i processi. E osservano che la decisione è eccellente, onesta, utile e necessaria alla risoluzione dei processi e delle dissensioni.
- Ma come procedete voi, amico mio? domandò Trincamella.
- Risponderò brevemente, disse Briagliadoca. Faccio come voialtri, Signori, e come vuole l'uso di giudicatura al quale il nostro diritto comanda sempre essere ossequenti. Ecco dunque: quando ho ben veduto, riveduto, letto, riletto, ripassato e sfogliato le querele, citazioni, comparizioni, commissioni, informazioni, pregiudiziali, produzioni, allegazioni, interdetti, contraddetti, istanze, inchieste, repliche, duplicati, triplicati, scritture, biasimi, accuse, riserve, raccolte, confronti, contradditorî, libelli, documenti apostoloci, lettere reali, compulsazioni, declinazioni, anticipatorie, evocazioni, invii, rinvii, conclusioni, non luogo a procedere, accomodamenti, rilievi, confessioni, atti e altrettali amminicoli e droghe, da una parte e dall'altra, come deve fare il buon giudice, allora poso da una parte della tavola del mio gabinetto, tutti gl'incartamenti dell'imputato e getto i dadi per lui dandogli la precedenza della sorte, come voialtri, Signori. Ciò fatto poso gl'incartamenti del querelante, come voialtri, Signori, dall'altra parte della tavola. E parimenti getto di nuovo i dadi.
- Ma, domandò Trincamella, da che cosa conoscete, amico mio, l'oscurità dei pretesi diritti delle parti contendenti?
- Come voialtri, Signori, rispose Briagliadoca, vale a dire quando vi sono molti incartamenti da una parte e dall'altra. E allora adopero i miei dadi più piccoli, come voialtri, Signori, secondo la legge. Possiedo anche dei dadi grossi ben belli e armoniosi che adopero, come voialtri, Signori, quando la materia è più liquida, vale a dire quando c'è meno incartamenti.
- Dopo ciò, come sentenziavate voi, amico mio? chiese Trincamella.
- Come voialtri, Signori, rispose Briagliadoca; do sentenza favorevole a colui che primo arriva al punto richiesto dalla sorte giudiziaria, tribuniana, pretoriale dei dadi. Così comanda il nostro diritto.

Offerta qualità/prezzo: problematiche

L'inconveniente della «emulazione delle offerte»

Si presume che nella gara siano acquisiti e quindi noti i MIGLIORI elementi dell'offerta tecnica (di norma quelli dell'offerta aggiudicataria)

Emulazione interna:

Le stazioni appaltanti potranno mettere a base della successiva gara (analoga per oggetto) gli elementi migliori acquisiti nella gara precedente; così garantendosi già in origine un risultato ottimale

Emulazione esterna:

Tutti i concorrenti tenderanno a presentare offerte allineate e, al massimo, con minimi miglioramenti rispetto all'offerta migliore aggiudicataria della gara precedente

Conseguenze:

Sono oggettivamente compresse, poi limitate e infine annullate (man mano che si svolgono gare con oggetto analogo) le possibilità di acquisire offerte tecniche ulteriormente «Migliori» fino ad azzerare tale possibilità e svuotarne il contenuto.

Offerta qualità/prezzo

Delle problematiche che connotano gli inconvenienti appena esaminati, se ne rendono conto gli operatori che gestiscono, ad esempio, gare per servizi:

di ristorazione:

Una volta individuate le diete migliori, le migliori modalità di somministrazione, la miglior soddisfazione dell'utenza, a quale utilità risponde la valorizzazione di una ipotetica qualità migliore?

sociali:

Una volta individuate le migliori modalità di assistenza, le migliori professionalità, la miglior soddisfazione dell'utenza, a quale utilità risponde la valorizzazione di una ipotetica qualità migliore?

e per servizi:

di igiene urbana, di guardiania, di pulizia, di manutenzione del verde, di manutenzione ordinaria, di assistenza informatica ecc.

Individuato il risultato migliore, perché cercare altro?

Offerta qualità/prezzo: i nuovi limiti dell'articolo 95

10-bis. La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. A tal fine la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del **30 per cento**.

Non nelle concessioni e nei PPP dove la componente economica è la più varia

14-bis. In caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di **opere aggiuntive** rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta. (opere aggiuntive o prestazioni aggiuntive? limiti alle modifiche tecniche, espulsione delle varianti in offerta ex articolo 95, comma 14)

Inoltre: la questione dei criteri ambientali minimi.

Offerta qualità/prezzo: il buco nero della fase esecutiva

In disparte la difficoltà del RUP nell'individuare i criteri di valutazione su un progetto esecutivo (magari su un bene tutelato), in disparte la difficoltà dei concorrenti a comprendere e redigere i contenuti dell'offerta, in disparte la difficoltà per la commissione giudicatrice nella sua valutazione, non si è mai considerata l'applicazione contrattuale dell'offerta tecnica dell'aggiudicatario nella fase esecutiva che costituisce un vero «buco nero»:

- il controllo dell'effettivo adempimento di quanto previsto in offerta;**
- le modalità di implementazione dell'offerta tecnica nel progetto esecutivo;**
- le implicazioni economiche e la gradazione delle penali o delle decurtazioni di prezzo in caso di inadempimento rispetto all'offerta;**
- Le rinunce arbitrarie all'esecuzione dei miglioramenti, i rimedi.**

Offerta qualità/prezzo nei lavori

Come un'ottima intenzione si traduce in pessima applicazione. Sintomo della scarsa conoscenza del sistema: «*Faremo solo appalti su progetti esecutivi perfetti e solo con l'offerta economicamente più vantaggiosa*» (Ministro Delrio, in più di un'occasione pubblica) Ovvero avremo le botti piene e le mogli ubriache!



In presenza di un progetto esecutivo individuare elementi di valutazione qualitativa, in molti casi, è problematico:

- obbliga all'introduzione di aspetti marginali, non significativi, esterni al perimetro dell'oggetto del contratto; con enfattizzazione di aspetti organizzativi, ambientali e/o sociali non totalmente implementabili nel contratto di rende sproporzionati per eccesso i pesi all'offerta tecnica rispetto al peso del prezzo;



Spoglia la stazione appaltante e i progettisti di ogni potere/facoltà di scelta del criterio anche quando il risultato atteso è già «ottimale» a base di gara



Anche in questo caso erosione della barriera tra offerta e requisiti con premio alle certificazioni, all'esperienza, alle professionalità e all'organizzazione

Offerta qualità/prezzo: lo strano caso dei servizi tecnici

In questi servizi è enfatizzata la problematica appena illustrata.

Già nell'attuale normativa vi è una eccessiva preferenza per l'offerta qualità/prezzo, la lobby dei professionisti, dopo aver conquistato le «tariffe minime da porre a base di gara» (conquista effimera, così come il recente «giusto compenso» resa vana da ribassi del 60% o 70%) hanno conquistato la sconfitta dell'offerta di prezzo. Ma non si vede quali vantaggi potranno avere sia loro che la pubblica amministrazione

Quale offerta tecnica:

Escluse le esperienze curriculari (sfera dei requisiti *background* e non dell'offerta *outlook*), accertata l'assoluta inconsistenza delle «relazioni metodologiche» (sic!), impossibile chiedere la prestazione (pena la mutazione da gara a concorso), quali elementi di valutazione offrono garanzie? E con quali pesi?

Valutazione di esperienze pregresse e di elementi spuri (certificazioni, professionalità ecc.) con abbattimento della barriera tra requisiti e offerta

E l'offerta economica:

Limiti ai ribassi? Contrari al principio di concorrenza e con effetto di generale appiattimento alla stessa soglia (così anche ANAC).

L'alternativa concorsi:

Perfetta nel metodo. Problematica nell'aleatorietà delle risorse finanziarie per realizzare l'intervento vincitore dei concorsi

Offerte anormalmente basse

In caso di offerta qualità/prezzo (art. 97, comma 3)

Identica alla disciplina previgente (doppia soglia dei 4/5 per l'offerta di prezzo e per la somma degli elementi diversi dal prezzo); problema della collocazione degli elementi analoghi al prezzo (es. LCA, LCC)

In caso di offerta del minor prezzo (art. 97, commi 2 e 8)

L'articolo 97, comma 2, prevede l'individuazione delle offerte anomale nelle gare al massimo ribasso e a tale scopo prevede 5 metodi (in realtà 8), da scegliere con sorteggio pubblico, solo in presenza di almeno 5 ammesse. E' stato chiamato metodo «antiturbativa» ma pare il prodotto di uno scontro di pochi neuroni vaganti.

L'esclusione automatica delle offerte pari o superiori alla soglia di anomalia si sensi dell'articolo 97, comma 8, del Codice, è ammesso solo se indicato espressamente nella documentazione di gara e in presenza di almeno 10 offerte ammesse.

Prezzo/Efficacia (art. 96): tertium genus o variante del prezzo?

L'art. 95, comma 2, nel presentare i criteri per l'offerta, introduce l'elemento "prezzo o costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia" (o prezzo/efficacia), con rinvio all'articolo 96 che prevede due tipologie di costi:

- il costo del ciclo di vita (LCC – Life Cycle Costing) norma UNI 15868;
- il costo delle esternalità ambientali (LCA - Life cycle assessment) norma UNI 14040.

Potrebbe apparire un terzo criterio, intermedio tra quello minor prezzo e quello della qualità/prezzo.

Si ritiene che non sia così, ma che il criterio del prezzo o del costo/efficacia appartenga alla stessa famiglia dei criteri traducibili in valori mediante formule aritmetiche. Ciò si desume sia dall'art. 96, comma 2, che dal considerando 96 della direttiva 2014/24, con l'obbligo per la stazione appaltante di fornire ai concorrenti gli elementi "base" sui quali nell'offerta possano calcolare in modo oggettivo i due elementi LCC e LCA.

Tuttavia questa conclusione appare contraddetta dall'articolo 95, comma 6, lettere c) e d), del Codice, e dalle linee guida di ANAC in consultazione, che sembra far transitare LCC e LCA nell'offerta tecnico-discrezionale, per cui solo il futuro ci potrà dire quale sarà il modello operativo utilizzabile.

Prezzo/Efficacia (art. 96): tertium genus o variante del prezzo?

E' tutto da stabilire se poi, nell'ambito dell'aggiudicazione, saranno forniti "pesi" differenziali al prezzo, allo LCC (al netto del prezzo) e allo LCA, se utilizzato, pesi necessariamente proporzionati ai valori posti a base di gara, oppure sarà utilizzato un valore unico ricavato dalla ponderazione dei singoli valori del prezzo, dello LCC e, se del caso, dello LCA.

Resta poi da vedere come calcolare l'anomalia in presenza di un'offerta così complessa.

Per fortuna la questione non dovrebbe essere urgente, in quanto la sua obbligatorietà, stando al predetto considerando, dovrebbe scattare dal momento in cui saranno definite metodologie comuni per la valutazione del LCC e del LCA.

Anche perché allo stato la letteratura tecnica, anche di livello universitario, non è di grande aiuto; le stesse norme UNI sullo LCC (UNI 15868) sono 148 pagine edite solo in inglese e quelle sullo LCA (UNI 14040) sono solo una quarantina di pagine, di cui metà in inglese con testo italiano a fronte.

E' del tutto evidente che i ragionamenti fatti sul "prezzo" (inteso come massimo ribasso, o inteso come costo/efficacia con i suoi corollari LCC e LCA) si riflettono anche sul diverso criterio qualità/prezzo, dal momento che tra i plurimi elementi di valutazione previsti da quest'ultimo criterio, assume quasi sempre valenza l'elemento prezzo (inteso come semplice ribasso o in combinazione con LCC e LCA).

Il rapporto logico/operativo tra i criteri dell'offerta e il concetto di costo/efficacia (sia come parte del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo che come scomposizione del solo prezzo; il concetto di costo/efficacia come alternativa al prezzo o al rapporto qualità/prezzo fuori dai casi di cui all'art. 95, comma 3.

La questione è illustrata dal codice in modo contorto e la dottrina si sta interrogando se il “costo/efficacia” sia un *tertium genus* o una variante del prezzo. La risposta parrebbe, almeno a prima vista, che costituisca una variante del prezzo e tale conclusione si comprende solo simulando la pubblicazione on-line di un bando sulla GUUE e provando le diverse possibilità offerte al punto II.2.5) del bando che si articola secondo le 4 possibilità di cui agli esempi che seguono.

Esempio 1 - Prima possibilità (criterio del minor prezzo o del solo prezzo);

nulla di nuovo, un unico elemento aritmetico-vincolato, costituito dal prezzo (o dal “costo”):

The image shows a screenshot of a procurement form titled "* II.2.5) Criteri di aggiudicazione". It contains two main sections. The first section has two radio button options: "I criteri indicati di seguito" (which is selected) and "Il prezzo non è il solo criterio di aggiudicazione e tutti i criteri sono indicati solo nei documenti di gara". The second section, separated by a horizontal line, contains a checkbox for "Criterio di qualità" (which is unchecked) and two radio button options for "Costo" (unchecked) and "Prezzo" (checked).

Esempio 2 – Seconda possibilità (criterio del miglior rapporto qualità/prezzo);

anche per questa nulla di nuovo, siamo nel criterio qualità/prezzo secondo il modello al quale siamo stati abituati: criteri qualitativi multipli e prezzo (unico elemento possibile di natura economica, non c'è possibilità di introdurre più elementi di prezzo):

*** II.2.5) Criteri di aggiudicazione**

I criteri indicati di seguito
 Il prezzo non è il solo criterio di aggiudicazione e tutti i criteri sono indicati solo nei documenti di gara

Criterio di qualità

	Criterio di qualità	Ponderazione	
1	Pregio architettonico	13	
2	Pregio ingegneristico	12	[-]
3	LCC (in forma di relazione descrittiva)	8	[-]
4	LCA (in forma di relazione descrittiva)	7	[-]
5	Miglioramento del comfort	5	[-]
6	ecc. ecc.	10	[-]

+
e

Costo Prezzo Ponderazione:

Esempio 3 - Terza possibilità:

ai criteri di qualità a valutazione pressoché discrezionale come nell'esempio 2, si aggiungono gli elementi di "Costo" in alternativa all'unico elemento prezzo; elementi di costo che, come i criteri di qualità, possono essere molteplici, ma pur sempre, come il prezzo, a valutazione aritmetico-vincolata.

È di immediata comprensione come un eventuale elemento "tempo di esecuzione" o, in contratti complessi, quali le concessioni, in presenza di elementi diversi, questi trovano una collocazione (anche se non adeguata) nella parte "Costo" che va inteso come Costo/efficacia.

*** II.2.5) Criteri di aggiudicazione**

I criteri indicati di seguito
 Il prezzo non è il solo criterio di aggiudicazione e tutti i criteri sono indicati solo nei documenti di gara

Criterio di qualità

	Criterio di qualità	Ponderazione	
1	Pregio architettonico	13	
2	Pregio ingegneristico	12	-
3	Organizzazione del cantiere	8	-
4	Garanzie di continuità dei servizi istituzionali	7	-
5	Miglioramento del comfort	5	-
6	ecc. ecc.	10	-

+

e

Costo Prezzo

	Costo	Ponderazione	
1	Prezzo (costo di costruzione / costo di acquisto)	20	
2	LCC (in forma aritmetico-vincolata su parametri base)	10	-
3	LCA (in forma aritmetico-vincolata su parametri base)	5	-
4	Tempo di esecuzione / di consegna	5	-
5	Periodo di garanzia	5	-

+

Esempio 4 – Quarta possibilità: sono omessi i criteri di qualità e sono presenti gli elementi di “Costo” sempre in alternativa all’unico elemento “Prezzo”;
elementi di costo che, come già detto in precedenza, possono essere molteplici e non necessariamente limitati, come nell’esempio che segue, ai costi del ciclo di vita (LCC) e delle esternalità ambientali (LCA) ma pur sempre, come il prezzo, a valutazione aritmetico-vincolata.

*** II.2.5) Criteri di aggiudicazione**

I criteri indicati di seguito
 Il prezzo non è il solo criterio di aggiudicazione e tutti i criteri sono indicati solo nei documenti di gara

Criterio di qualità

e

Costo Prezzo

	Costo	Ponderazione	
1	Prezzo (costo di costruzione / costo di acquisto)	20	
2	LCC (in forma aritmetico-vincolata su parametri base)	10	-
3	LCA (in forma aritmetico-vincolata su parametri base)	5	-
4	Tempo di esecuzione / di consegna	5	-
5	Periodo di garanzia	5	-

Questioni ancillari:

I contratti «a corpo» e i contratti «a misura»

L'articolo 59, comma 5-bis (introdotto dal decreto correttivo) ha reintrodotta i concetti di appalto «a corpo», «a misura» e «a corpo e misura» prima previste solo nelle definizioni all'articolo 3.

In via provvisoria il riferimento è all'art. 43, commi 6, 7 e 8, del vecchio regolamento, sopravvissuto transitoriamente, ma questo non è sufficiente a incardinare correttamente le relative offerte.

E' opportuno attingere indirettamente alla disciplina degli articoli 118 e 119 del regolamento abrogato. Non si può fare riferimento a queste norme, ormai espulse dall'ordinamento, ma i documenti di gara possono (o meglio "devono") riprodurle pressoché alla lettera al fine di non lasciare senza presidio tale impostazione, pena l'assoluta incertezza delle modalità di formazione del prezzo contrattuale e poi della contabilizzazione dei lavori.

l'obbligo di indicazione in offerta dei costi della manodopera

L'indicazione dei «costi della manodopera» (in realtà «costo del lavoro) proprio dell'impresa, anche discostandosi da quanto previsto dalla Stazione appaltante, e la loro estrapolazione in sede di offerta.

l'obbligo di indicazione in offerta degli oneri di sicurezza aziendali

Lo stesso per l'indicazione degli «oneri di sicurezza aziendali» propri dell'impresa, diversi dagli oneri per l'attuazione dei PSC (o del DUVRI in caso di servizi e forniture) e la loro estrapolazione in sede di offerta

ambidue le condizioni non influiscono direttamente sull'offerta se non in fase di eventuale giustificazione in contraddittorio ma che in assenza di indicazioni non paiono rimediabili con il soccorso istruttorio (giurisprudenza non univoca).

Varianti

Riproposto il sistema vincolistico delle varianti, demonizzate quale causa di «*illecito recupero dei ribassi eccessivi*» che hanno causato contratti «in perdita».

Come tutti sanno le varianti sono fatte alle stesse condizioni del contratto originario, pertanto se il contratto fosse in perdita, l'estensione o l'ampliamento non fanno recuperare nulla, anzi, aggravano le presunte perdite.

Trascurato invece il regime delle riserve: vero canale di uscita delle somme finalizzate a «*illecito recupero dei ribassi eccessivi*».

Ancora sulle varianti

E' vero che le p.a. in genere si «dimenticano» del contratto in corso di esecuzione, sia in materia di lavori (*con l'abdicazione alla D.L. e al collaudo esternalizzando ogni compito di controllo, la intempestività nel rilevamento delle patologie*), ma soprattutto in materia di servizi e forniture, dove il DEC (Direttore dell'esecuzione) spesso assume un ruolo puramente formale e la verifica della qualità dei servizi è impossibile per ragioni di tempo, di logistica, di carenza di strumenti e di personale.

Le Linee guida di ANAC e i decreti ministeriali

Non si comprendono le lamentele che provengono da tutte le parti (pubbliche amministrazioni, Ordini professionali, OICE, ANCI, ANCE ecc. ecc.) sui ritardi e le lungaggini nell'emissione delle Linee guida di ANAC e di decreti ministeriali previsti dal Codice (ne mancano ancora circa 45 su 60) (*)
(*) i numeri sono incerti, nemmeno il Consiglio di Stato è stato in grado di contarli

Valutando i provvedimenti già emanati non se ne vede né l'utilità né tantomeno l'urgenza; questi provvedimenti sono di due tipi:

- la fotocopia (malriuscita) della disciplina regolamentare previgente (d.P.R. n. 207 del 2010 ma addirittura risalente al d.P.R. n. 554 del 1999);**
- innovazioni che fanno rimpiangere la disciplina previgente!**

(una giurisprudenza amministrativa ormai 20ennale era la miglior linea guida)

Le Linee guida di ANAC

Distinzione tra Linee guida vincolanti e non vincolanti:

- Secondo l'autodefinizione fornita da ANAC,
- Secondo quanto previsto dal Consiglio di Stato nei propri pareri;
- Secondo il loro radicamento nel Codice:
- **sono vincolanti** quelle emanate in seguito a deleghe specifiche (es. LG 3 ex art. 31, comma 5, sul RUP; LG 6 ex art. 80, comma 5, lettera c), sulle pregresse carenze contrattuali escludenti; LG 3 ex art. 78 sulle Commissioni giudicatrici); (*)
- **non sono vincolanti** quelle emanate in seguito alla «delega generica» ex articolo 213, comma 2 del Codice.

() inevitabilmente con le immancabili eccezioni di non facile individuazione*

<p>Linee Guida n. 6 (Rev. 1) - Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice (G.U. n. 260 del 7 novembre 2017)</p>	<p>art. 80, comma 5, lett. c)</p>
<p>Linee Guida n. 3 (Rev. 1) - Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni (G.U. n. 260 del 7 novembre 2017)</p>	<p>art. 31, comma 5</p>
<p>Linee Guida n. 8 - Procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando in caso di forniture e servizi ritenuti infungibili (G.U. n. 248 del 23 ottobre 2017)</p>	<p>art. 213, comma 2</p>
<p>Linee Guida n. 7 - Iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016 (G.U. n. 236 del 9 ottobre 2017)</p>	<p>art. 192</p>
<p>Linee Guida n. 5 - Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici (G.U. n. 283 del 3 dicembre 2016)</p>	<p>art. 78</p>
<p>Linee Guida n. 4 - Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici (G.U. n. 274 del 23 novembre 2016)</p>	<p>art. 36, comma 7</p>
<p>Linee Guida n. 2 - Offerta economicamente più vantaggiosa (G.U. n. 238 dell'11 ottobre 2016)</p>	<p>art. 213, comma 2</p>
<p>Linee Guida n. 1 - Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria (G.U. n. 228 del 29 settembre 2016)</p>	<p>art. 213, comma 2</p>

DALLE LINEE GUIDA VINCOLANTI:

- Non è possibile discostarsi pena illegittimità del provvedimento o del comportamento;

DALLE LINEE GUIDA NON VINCOLANTI:

- E' possibile discostarsi purché con apposita motivazione (preventiva); in assenza di motivazione o di motivazione inadeguata il provvedimento è illegittimo.

() anche se non è chiaro inquadrare la causa di illegittimità, se violazione di legge (nel primo caso, ma appare difficile) o l'eccesso di potere sotto i profili sintomatici del difetto di motivazione o della violazione di ... circolare.*

Linee guida in fase di consultazione:

Revisione delle Linee Guida n. 4 - Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria		art. 36, comma 7
Il Direttore dei Lavori:	<i>(in realtà oggi sottratte ad ANAC e attribuite ad un decreto del MIT)</i>	art. 111, comma 1
Il Direttore dell'esecuzione:		art. 111, comma 2
Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese		art. 83, comma 10

Concludendo ...

Cosa ci dobbiamo aspettare? Nulla di buono.

L'ottimista dice *«questo è il miglior codice possibile»*

Il pessimista commenta *«Purtroppo!»*

Grazie per l'attenzione e la pazienza
BUON LAVORO e ... BUONA FORTUNA