

## ***Decreto correttivo al Codice dei contratti***

### ***Tra aspetti positivi (pochi), criticità non affrontate (molte) e almeno tre casi da trattamento sanitario obbligatorio***

È d'obbligo cominciare con i tre casi che, se non rimediati, meritano un trattamento sanitario obbligatorio al loro ideatore.

Uno è nuovo, uno quasi nuovo e uno ormai storico.

#### **1. La commissione giudicatrice (articoli 77, commi 1 e 3, e 78, comma 1-bis).**

Il caso nuovo riguarda la commissione giudicatrice. Non si vogliono affrontare né l'Albo dei commissari (articolo 78), con le sue lungaggini, l'inevitabile approssimazione e imprecisione nell'individuazione delle materie nelle quali un commissario dovrà essere "esperto" (le aree tematiche), né la balzana idea secondo la quale la corruzione si evita con i commissari estratti a sorte e che possono lavorare a distanza (articolo 77, comma 2).

La novità è il coinvolgimento della commissione giudicatrice anche nelle gare con il criterio del solo prezzo ipotizzata con la modifica del comma 1 dell'articolo 77: *«1. Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo **o del solo costo, determinato ai sensi dell'articolo 95, commi 2 e 7**, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto».*

Probabilmente si intende il caso del costo determinato mediante la comparazione costo/efficacia, ma il risultato appare del tutto diverso, mediante il rinvio al comma 2, che prevede anche il caso del criterio del solo elemento prezzo (incidentalmente il rinvio al comma 7 è ridondante se non del tutto inutile). Senza contare che anche la comparazione costo/efficacia dovrebbe essere un'operazione di calcolo aritmetico.

Ma si vuol capire una buona volta che la Commissione giudicatrice è necessaria per l'espressione di valutazioni tecniche o tecnico-discrezionali, dove in effetti sono indispensabili conoscenze specifiche, mentre è del tutto inutile quando:

- a) il criterio dell'offerta è quello del solo prezzo;
- b) il criterio dell'offerta è quello articolato su più elementi ma tutti con valutazione aritmetico-vincolata, dove l'attribuzione del punteggio agli elementi:
  - è automatica e non soggetta ad interpretazioni o manipolazioni;
  - è sempre ricostruibile a posteriori in quanto cristallizzata in un risultato aritmetico;
- b) il criterio dell'offerta è quello del miglior rapporto qualità/prezzo, limitatamente:
  - alla fase di ammissione sulla base dell'assenza delle cause di esclusione di cui all'articolo 80 e del possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali;

- alla fase di apertura in pubblico delle offerte tecniche al fine di constatarne la presenza e consistenza, prima del loro esame in seduta riservata;
- alla fase di apertura e lettura delle offerte economiche, dal momento che a questo punto del procedimento non vi sono più implicazioni di natura tecnica.

In fin dei conti, in tutti i casi che precedono, la commissione giudicatrice non ha nulla da “giudicare”, non c’è alcun giudizio da esprimere, come peraltro chiarissimo se si ha un minimo di buonsenso, e consolidato da una condivisibile giurisprudenza sul punto. Non si vede motivo pertanto di coinvolgere una commissione giudicatrice, già problematica di per sé, in tempi e adempimenti (e costi) nei casi dove non è di alcuna utilità.

Quindi in un paese gestito da menti “pensanti” non solo il comma 1 dell’articolo 77 non sarebbe modificato nel senso voluto dal decreto correttivo, ma andrebbe depurato anche dalle parole «*ed economico*».

Alla stessa stregua, all’articolo 97, comma 2, lettera e), le parole «... *moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice all’atto del suo insediamento tra i seguenti valori: ...*» andrebbero semplificate in «... *moltiplicato per un coefficiente tra i seguenti valori: ...*» sopprimendo le parole «*dalla commissione giudicatrice all’atto del suo insediamento*»; oppure veramente si pensa che sia necessaria una commissione giudicatrice di esperti per procedere ad un sorteggio pubblico?

Commissione che non è richiesta giustamente all’alinea del comma 2, per il sorteggio di uno dei cinque metodi di calcolo della soglia di anomalia.

La perla, infine, del comma 1-bis aggiunto all’articolo 78: «*Con l’atto di cui al comma 1 sono, altresì, disciplinate le modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici, prevedendo, di norma, sedute pubbliche e invece sedute riservate per la valutazione delle offerte tecniche e per altri eventuali adempimenti specifici*», che sarebbe come dire «*Non ci sono più le mezze stagioni*» oppure «*Di mamma ce n’è una sola*». È noto da almeno un secolo il funzionamento delle commissioni, veramente c’è bisogno del milionesimo atto di intermedio di ANAC? Non basta (ed è già troppo) un comma che reciti: «*Le sedute della commissione giudicatrice sono riservate nelle sole fasi di valutazione delle offerte tecniche*».

O veramente a Roma si pensa che il RUP non sia in grado di fare un sorteggio o di fare alcune addizioni e moltiplicazioni?

## **2. Il costo della manodopera non soggetto a ribasso (articolo 23, comma 16)**

Il caso quasi nuovo riguarda il costo della manodopera (*rectius*: il costo del lavoro).

Quasi nuovo dal momento che una simile idiozia era già stata introdotta nel codice abrogato con il decreto-legge n. 70 del 2011, convertito dalla legge n. 106, del 2011, con il seguente comma 3-bis, all’articolo 81 «*L’offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro*». Dopo

alcuni mesi di caos la norma fu fortunatamente soppressa con il decreto-legge n. 201 del 2011, convertito dalla legge n. 214 del 2011.

Alcune menti eccelse, non dome, riproponevano la stessa norma con il decreto-legge n. 69 del 2015, convertito dalla legge n. 98 del 2013, introducendo, questa volta all'articolo 82 del Codice abrogato, un analogo comma 3-bis: *«Il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro».*

Probabilmente era troppo difficile capire che la lodevole, meritoria e condivisibile intenzione di garantire la giusta protezione retributiva ai lavoratori non poteva essere attuata con una norma incomprensibile, illogica e inapplicabile.

Tanto che la stessa ANAC, con un inaspettato guizzo di lucidità, con segnalazione n. 2 del 19 marzo 2014 bollò la norma ritenendo che non potesse trovare applicazione senza ingenerare effetti distorsivi del mercato ed aggiunse, inoltre, la necessità di salvaguardare, anche il principio dell'autonomia imprenditoriale laddove, sostanzialmente, ammette giustificazioni in relazione ad elementi che influenzano il costo "complessivo" del personale e tutela il solo costo "unitario". L'Autorità arrivò alla conclusione che il costo complessivo del personale, per ciascun concorrente, è da ritenere che si determini in base alla reale capacità organizzativa d'impresa che è funzione della libera iniziativa economica ed imprenditoriale (art. 41 Cost.) e come tale non può essere in alcun modo compressa mediante predeterminazioni operate ex ante.

Sulla questione si sprecarono fiumi di inchiostro, fino a quando la giurisprudenza concluse che in sede di giustificazione doveva essere ammessa la possibilità per il concorrente di dimostrare oneri inferiori a quelli indicati come non soggetti a ribasso (Consiglio di Stato, sez. III, 2 aprile 2015, n. 1743; sez. V, 12 gennaio 2015, n. 32) e che il ribasso da offrire deve essere fatto sull'importo dell'appalto, compreso il costo del personale (T.A.R. Lombardia, Milano, 22 dicembre 2014, n. 3143; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 30 marzo 2015, n. 4712).

È inutile ribadire le motivazioni ancora attualissime che portarono a quelle conclusioni, dal momento che erano e sono di immediata comprensione: il livello retributivo (o il costo del personale unitario) sono l'elemento da garantire, non il "costo della manodopera" inteso come "monte del costo complessivo all'interno del singolo appalto".

In buna sostanza la norma c'era ma non andava applicata alla lettera ma secondo i principi generali. Ora il legislatore ci riprova; forse per un senso di vergogna introduce la norma non agli articoli 95 o 97, dove in astratto sarebbe (in)naturale, ma al comma 16 dell'articolo 23, rubricato *«Livelli della progettazione per gli appalti ...»* aggiungendo il seguente periodo: *«Il costo della manodopera e i costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso d'asta».*

Ora, non si può impedire all'asino di ragliare, sperando che per "costi della sicurezza" si intendano gli oneri del PSC e del DUVRI e non i costi di sicurezza aziendali di cui all'articolo 95,

comma 10 (altrimenti ci si incarta), ma si può sperare che dopo due tentativi che hanno fatto la fine che hanno fatto, non ci si provi con un terzo tentativo e siano soppresse le parole «*Il costo della manodopera*».

### **3. Un reato a commissione obbligatoria (articolo 53, commi 2, 3 e 4)**

Il terzo caso è storico perché si trascina dal 2006 (con l'articolo 13 del codice abrogato) e non pare risolto nemmeno con il decreto correttivo. Vale la pena riportare il testo di interesse:

*«2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:*

*a) (omissis);*

*b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;*

***c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione;***

*d) (omissis).*

***3. Gli atti di cui al comma 2, fino alla scadenza dei termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.***

***4. L'inosservanza dei commi 2 e 3 per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi rileva ai fini dell'articolo 326 del codice penale.»***

In disparte la lettera b), della quale non si comprende cosa sia “la comunicazione ufficiale dei nominativi dei candidati da invitare” che, con l'accesso “all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito” sono l'anticamera delle collusioni tra gli offerenti invitati, la vera questione è la lettera c), in combinato con i commi 3 e 4.

Come impedire che le offerte siano rese note (comma 3) fino all'aggiudicazione (comma 2, lettera c)) se la loro apertura e lettura avviene in pubblico (circostanza incontrovertibile, almeno per le offerte economiche)?

Per fortuna per il reato ex articolo 326 del codice penale non è previsto l'arresto in flagranza. Ma invitiamo il legislatore a leggere il libro, o almeno rivedersi il film «*Comma 22*».

**Volendo, c'è ancora tempo per rimediare almeno a questi tre casi.**