Numero 00966/2018 e data 13/04/2018 Spedizione

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 16 marzo 2018

NUMERO AFFARE 00316/2018

OGGETTO:
Autorita' nazionale anticorruzione.

linee guida n. 2 di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "offerta economicamente piu' vantaggiosa";

LA COMMISSIONE SPECIALE del 16 marzo 2018

Vista la nota di trasmissione della relazione prot. n. in data 13/02/2018 con la quale il Autorita' nazionale anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;
Esaminati gli atti e uditi i relatori Carlo Deodato, Claudio Contessa;

1. Premesse generali.
L'Autorità nazionale anticorruzione (d'ora innanzi, "Autorità"), con nota in data 14 febbraio 2018, ha chiesto a questo Consiglio di Stato di esercitare le proprie funzioni consultive in relazione alle Linee guida indicate in oggetto, di aggiornamento ed adeguamento delle Linee guida n. 2/2016, adottate dalla stessa Autorità in attuazione

del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", alle disposizioni del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici).

Con la nota in questione l'Autorità ha sottolineato che le modifiche apportate dal c.d. 'Decreto correttivo' al Codice hanno riguardato in particolare: i) l'ambito oggettivo di applicazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV) secondo il miglior rapporto qualità/prezzo e ii) l'introduzione del limite massimo attribuibile al peso della componente economica (il cui valore massimo non può eccedere il 30 per cento del totale secondo l'attuale formulazione del comma 10-bis dell'articolo 95).

L'Autorità ha altresì rappresentato che, trattandosi di "un aggiornamento privo di carattere novativo" e di fatto consistente in un mero adeguamento alle ultime novità normative, non si è ritenuto necessario procedere a una nuova fase di consultazione pubblica con gli stakeholders.

Al contrario, il parere di questo Consiglio di Stato sullo schema di delibera di aggiornamento delle Linee Guida è stato comunque richiesto, conformemente ad alcuni precedenti analoghi, "in ragione della rilevanza delle questioni trattate nonché dell'impatto erga omnes di tale atto".

2. Sintesi delle principali modifiche proposte in sede di aggiornamento

In via generale la Commissione speciale deve osservare che, così come rappresentato dall'Autorità, le modifiche proposte in sede di aggiornamento delle Linee guida in oggetto si limitano ai soli interventi resi necessari dalle modifiche apportate all'articolo 95 del 'Codice' ad opera del c.d. 'Decreto correttivo' n. 56 del 2017.

Nel prosieguo del parere si svolgeranno alcune considerazioni circa la possibilità che l'Autorità, in sede di aggiornamento delle Linee guida (e avvalendosi di un potere espressamente riconosciutole dal comma 2 dell'articolo 213 del 'Codice') attivi metodi di verifica di impatto della regolazione, anche al fine di rimodulare le linee di

indirizzo e l'esercizio in concreto della regolazione flessibile ad essa demandati dal 'Codice' del 2016.

Si osserva qui che i principali interventi recati dal documento in esame riguardano

- la revisione delle ipotesi generali in cui il Legislatore rende obbligatorio il ricorso al criterio di aggiudicazione dell'OEPV secondo il miglior rapporto qualità/prezzo (comma 3 dell'articolo 95);
- la revisione delle ipotesi in cui le amministrazioni hanno la facoltà di avvalersi del criterio del minor prezzo (comma 4 dell'articolo 95);
- la ricognizione di tutte le ipotesi (ulteriori rispetto a quelle contemplate dall'articolo 95) in cui il Legislatore fissa come obbligatorio il ricorso al criterio dell'OEPV secondo il miglior rapporto qualità/prezzo (punto 1 – pag. 4 del documento in esame). Si tratta evidentemente di un rinvio 'dinamico e aperto' il quale per un verso risulta utile nella sua valenza ricognitiva, mentre – per altro verso – può determinare criticità per gli operatori per il caso (tutt'altro che improbabile) in cui la normativa primaria oggetto di ricognizione venga modificata, mentre l'elencazione non venga tempestivamente rivista;
- la più analitica previsione in ordine all'indicazione, in sede di offerta economica, dei costi per la manodopera e degli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (comma 10 dell'articolo 95);
- l'espresso richiamo alla nuova previsione legislativa che fissa un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento (nuovo comma 10-bis dell'articolo 95);
- l'espresso richiamo alla previsione secondo cui, nel caso di appalti aggiudicati con il criterio dell'OEPV secondo il miglior rapporto qualità/prezzo, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive

rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo posto a base d'asta (nuovo comma 14-bis dell'articolo 95).

3. Osservazioni generali sul testo

Pur dovendosi confermare che, come rappresentato dall'ANAC, lo schema di delibera in oggetto si limita alle modifiche strettamente necessarie ad adeguare le Linee guida n. 2 alle modifiche medio tempore intervenute nell'ambito della disciplina primaria rilevante, astenendosi dall'impartire istruzioni operative, e innovative, sulle modalità di attuazione delle correzioni introdotte, la Commissione speciale ritiene, in ogni caso, utile svolgere alcune considerazioni di carattere generale sull'atto di regolazione in esame, nella più ampia cornice del ruolo e delle funzioni dell'Autorità nel settore degli appalti e delle concessioni.

Come già si è osservato con il parere n. 1767 del 2 agosto 2016, infatti, le funzioni consultive svolte dal Consiglio di Stato in relazione agli atti di regolazione adottati (anche) dall'ANAC "non si rivolgono più solo a singoli 'atti', ma si pronunciano e sostengono i 'processi' di riforma, accompagnandoli in tutte le loro fasi e indipendentemente dalla natura degli atti di attuazione, fornendo sostegno consultivo ai soggetti responsabili dell'attività di implementazione (nel caso di specie, l'ANAC)".

Ciò comporta che, quando – come nel caso di specie – l'Autorità di regolazione ritiene di avvalersi dell'apporto consultivo di questo Consiglio di Stato (in un positivo e auspicabile spirito di cooperazione istituzionale), tale apporto non deve limitarsi alla mera verifica in ordine alla conformità a legge dell'atto sottoposto a parere, ma può (e anzi deve) estendersi anche a considerazioni di carattere generale e di coerenza con il sistema, sia pure nel pieno rispetto delle rispettive sfere di competenza istituzionale.

Impostati in tal modo i termini generali della questione, la prima riflessione che si impone riguarda l'impianto e le finalità complessive dello schema di delibera in oggetto.

Al momento della loro adozione (21 settembre 2016, ad appena cinque mesi dall'entrata in vigore del nuovo 'Codice') le Linee guida n. 2 hanno assolto al rilevantissimo compito di chiarire (sia pure con portata non vincolante) l'ambito di applicazione e la portata della nuova disciplina codicistica in tema di criteri di aggiudicazione.

L'Autorità ha del tutto correttamente dato atto di tale impostazione generale, rappresentando che le Linee guida n. 2 avessero in primis la finalità di facilitare le stazioni appaltanti e gli operatori economici nella gestione della nuova disciplina, nonché di fornire indicazioni operative per il calcolo dell'OEPV, soprattutto per quanto concerne la scelta del criterio di attribuzione dei punteggi per i diversi elementi qualitativi e quantitativi che compongono l'offerta e la successiva aggregazione dei punteggi.

Ebbene, se – per un verso – deve darsi atto che nella prima fase di attuazione del D.lgs. 50 del 2016 le Linee guida n. 2 abbiano assolto in modo adeguato alle richiamate (e limitate) finalità, deve anche osservarsi che, in sede di adeguamento del testo (la cui adozione avverrà a circa due anni dall'entrata in vigore del 'Codice'), sarebbe stato auspicabile ampliare il campo di indagine al fine di offrire agli operatori del settore uno strumento ancora più utile per la gestione delle procedure di aggiudicazione.

Del resto, il comma 2 dell'articolo 213 del 'Codice' (i.e.: la disposizione che abilita l'ANAC all'adozione anche di linee guida non vincolanti) prevede che gli atti di regolazione siano finalizzati (inter alia) a promuovere l'efficienza e la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, nonché a favorire lo sviluppo delle migliori pratiche.

La medesima disposizione stabilisce, altresì, che al fine del migliore esercizio della regolazione flessibile, l'Autorità si avvale dei metodi della verifica di impatto della regolazione al fine di non confinare l'attività di rule making in una dimensione – per così dire – 'statica', ma di conferirle un ruolo dinamico e duttile rispetto all'evoluzione del sistema.

Il 'Codice' assegna in tal modo all'attività di regolazione flessibile il rilevante compito di tenere conto (secondo la logica propria della verifica di impatto della regolazione) delle esperienze applicative al fine di riorientare, secondo una logica iterativa, le linee di indirizzo rivolte agli operatori. Sotto tale aspetto la metodica della verifica di impatto presenta un valore aggiunto particolarmente significativo in relazione all'attività di regolazione subprimaria, attesa la maggiore flessibilità e più agevole modificabilità che caratterizza tale attività rispetto alla tipica disciplina di fonte primaria.

3.1. Ebbene, a due anni circa dall'entrata in vigore del nuovo 'Codice' sarebbe stato forse utile non limitare (come, pure, si era comprensibilmente fatto nel settembre del 2016) il campo di indagine alle sole indicazioni operative per il calcolo dell'OEPV, ma di estendere l'ambito dell'atto di regolazione ad obiettivi più ampi, valorizzando in modo adeguato l'esperienza applicativa del primo biennio.

Le Linee guida in esame, ad esempio, forniscono utili indicazioni in ordine alla definizione degli obiettivi e dei criteri di valutazione che devono essere sottesi alla costruzione degli elementi o criteri di valutazione.

Esse, tuttavia, non forniscono criteri per orientare la discrezionalità delle amministrazioni sulla scelta del criterio di aggiudicazione nelle ipotesi in cui (ai sensi del comma 4 dell'articolo 95) è comunque ammesso il ricorso al criterio del minor prezzo.

In definitiva, il testo in esame fornisce utili indicazioni circa la gestione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto

qualità/prezzo, dando per acquisita l'opzione per tale criterio, ma non fornisce alcuna indicazione di carattere generale volta ad orientare con un ragionevole grado di certezza la scelta delle amministrazioni nelle ipotesi in cui la scelta per tale criterio sia meramente opzionale.

Ebbene, a due anni circa dall'entrata in vigore del 'Codice' e valorizzando in modo adeguato l'esperienza conoscitiva maturata con l'applicazione dell'articolo 95, sarebbe stato indubbiamente utile arricchire il testo in esame con indicazioni volte ad orientare in modo più consapevole la scelta per l'uno o l'altro criterio di aggiudicazione.

3.2. Un ulteriore utile indicazione operativa per le stazioni appaltanti avrebbe potuto riguardare la previsione del nuovo comma 14-bis dell'articolo 95 (per come introdotto ad opera del 'decreto correttivo' del 2017), secondo cui "in caso di appalti aggiudicati con il criterio [dell'OEPV sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo], 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".

La ratio di fondo che ha ispirato in parte qua la novella legislativa è piuttosto evidente: si è inteso evitare che, a fronte di procedure indette sulla base del progetto esecutivo (come di regola avviene ai sensi dell'articolo 59 del 'Codice'), l'aggiudicazione possa essere disposta – come per il passato è spesso avvenuto – premiando elementi di carattere avulso rispetto al proprium della procedura (e, in particolare, l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quelle incluse nella progettazione esecutiva).

Tale previsione primaria, tuttavia, determina l'effetto di rendere ben difficile per le stazioni appaltanti la concreta individuazione degli elementi qualitativi dell'offerta nell'ambito di un criterio (quello dell'OEPV) che, pure, dovrebbe garantirla in massimo grado.

Ed infatti, l'esistenza di un duplice vincolo (quello derivante dalla sostanziale immodificabilità della progettazione e quello – nuovo – derivante dalla non valuatabilità di opere aggiuntive) rende quanto mai difficoltosa l'enucleazione di criteri idonei a valutare gli aspetti qualitativi dell'offerta.

Ebbene, ritiene la Commissione speciale che le Linee guida in esame avrebbero potuto (al richiamato fine di garantire la promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività amministrativa, nonché l'omogeneità dei procedimenti amministrativi) fornire indicazioni di grande utilità pratica al fine di impostare in modo adeguato la gestione del criterio di aggiudicazione in esame, alla luce dei nuovi vincoli di cui al comma 14-bis dell'articolo 95.

Anzi, l'auspicata formulazione di indicazioni operative intese a suggerire alle stazioni appaltanti metodologie e parametri di valutazione della qualità delle offerte, in caso di procedure basate su un progetto esecutivo e sul criterio di aggiudicazione dell'OEPV sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, permetterebbe, al contempo, una gestione più utile ed efficace delle procedure, consentirebbe di superare un'impasse amministrativa, che, diversamente, risulterebbe di ardua soluzione, e realizzerebbe, in definitiva, proprio quel compito di supporto e di orientamento che il Legislatore ha inteso affidare all'ANAC (e che non può, nella fattispecie, intendersi esaurito da un adeguamento meramente formale del documento originario alle disposizioni introdotte dal decreto legislativo correttivo).

P.Q.M.

Nelle esposte considerazioni è il parere, favorevole con osservazioni, della commissione speciale.

GLI ESTENSORI	IL PRESIDENTE
Carlo Deodato, Claudio Contessa	Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO

Cesare Scimia