

Guida pratica per i contratti pubblici di servizi e forniture

Vol. 1° - Il mercato degli appalti



La Guida pratica per i contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari costituisce il primo manuale operativo emanato ai sensi dell'art. 2, comma 2 del DPCM 9 dicembre 2002 sull'autonomia finanziaria e contabile della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

La Guida, di cui la presente pubblicazione costituisce il primo volume, è stata elaborata da un gruppo di docenti ed esperti con il coordinamento del Dipartimento per le politiche di gestione e sviluppo delle risorse umane e dell'Ufficio bilancio e ragioneria e recepisce le più recenti disposizioni normative e i principali orientamenti giurisprudenziali in materia di contratti pubblici.

L'attività contrattuale rappresenta una parte molto significativa dell'attività amministrativa che si svolge all'interno della Presidenza del Consiglio e sono numerosi gli operatori che a diversi livelli di responsabilità se ne occupano.

La materia è oggetto sistematico di attività di formazione e di aggiornamento del personale che coinvolge attivamente funzionari e dirigenti della Presidenza nell'ambito di corsi organizzati anche dalla Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione.

La Guida si pone, quindi, come materiale didattico e nello stesso tempo come strumento da utilizzare nella pratica d'ufficio seguendo i chiari e continui riferimenti al quadro interpretativo giurisprudenziale e ad una ricercata casistica che ne accentua il connotato di manuale operativo, realizzato con lo scopo di migliorare la qualità del lavoro degli operatori interni e sviluppare le competenze professionali del personale. A tal fine la Guida verrà anche pubblicata, con un indice ipertestuale, nella intranet per una consultazione ancora più snella ed efficace.

Il progetto avviato con la pubblicazione della Guida proseguirà con la previsione di aggiornamenti sistematici e con la realizzazione di altri manuali riferiti a linee di attività di analoga complessità.

Desidero ringraziare gli autori del volume e le strutture del Segretariato che ne hanno curato la realizzazione.

Il Segretario Generale
Manlio Strano

Sommario

PARTE PRIMA	9
I principi e le tipologie contrattuali	9
CAPITOLO PRIMO	10
Il Codice dei contratti pubblici: i soggetti ed i principi (Alberto Zito)	10
1. La Presidenza del Consiglio dei Ministri quale amministrazione aggiudicatrice	10
2. I principi posti dal Codice	10
2.1. Il principio di economicità ed il principio di efficacia	10
2.1.1. DEFINIZIONI	10
2.1.2. ESEMPI PARADIGMATICI DI APPLICAZIONE	10
2.1.3. LIMITAZIONI ALL'APPLICABILITÀ DEL PRINCIPIO DI ECONOMICITÀ	11
2.2. Il principio di tempestività	13
2.2.1. DEFINIZIONE	13
2.2.2. ESEMPI PARADIGMATICI DI APPLICAZIONE	13
2.3. Il principio di correttezza	13
2.3.1. DEFINIZIONE	13
2.3.2. ESEMPI PARADIGMATICI DI APPLICAZIONE	13
2.4. Il principio di libera concorrenza, il principio di parità di trattamento ed il principio di non discriminazione	14
2.4.1. DEFINIZIONI	14
2.4.2. ESEMPI PARADIGMATICI DI APPLICAZIONE	15
2.5. Il principio di trasparenza ed il principio di pubblicità	15
2.5.1. DEFINIZIONI	15
2.5.2. ESEMPI PARADIGMATICI DI APPLICAZIONE	16
2.6. Il principio di proporzionalità	16
2.6.1. ESEMPI PARADIGMATICI DI APPLICAZIONE	16
2.7. Il bilanciamento tra principi	17
2.7.1. IL CONFLITTO TRA PRINCIPI	17
2.7.2. TECNICHE DI BILANCIAMENTO TRA PRINCIPI	18
2.7.3. UN CRITERIO UTILE PER OPERARE IL BILANCIAMENTO:	
IL CONFLITTO TRA IL PRINCIPIO DI PAR CONDICIO ED IL PRINCIPIO DI MASSIMA PARTECIPAZIONE	18
3. L'applicazione alla materia degli appalti della legge sul procedimento amministrativo e delle disposizioni stabilite nel codice civile	19
3.1. Esempificazioni	19

CAPITOLO SECONDO	20
I contratti disciplinati dal Codice (Alberto Zito)	20
1. I contratti di servizi e forniture: definizioni, nomenclatura comunitaria di riferimento e metodi di individuazione	20
1.1. Gli appalti pubblici	20
1.1.1. DEFINIZIONE	20
1.1.2. CARATTERISTICHE	20
1.2. Gli appalti di lavori	20
1.2.1. DEFINIZIONE	20
1.3. Gli appalti di forniture	21
1.3.1. DEFINIZIONE	21
1.4. Gli appalti di servizi	21
1.4.1. DEFINIZIONE	21
1.5. Nomenclatura comunitaria di riferimento e metodi di individuazione	22
1.5.1. IL VOCABOLARIO COMUNE DEGLI APPALTI: DEFINIZIONI	22
1.5.2. LE ALTRE NOMENCLATURE E L'ORDINE DI PREVALENZA	22
1.5.3. L'UTILIZZO DEI CODICI CPV	23
2. I contratti misti	23
2.1. I criteri di identificazione degli appalti misti	23
2.2. L'applicazione in concreto dei criteri	24
2.3. I requisiti di qualificazione negli appalti misti	25
3. Le concessioni	25
3.1. Definizioni	25
3.2. La disciplina	26
4. I contratti sopra e sotto soglia comunitaria	27
5. Il metodo di calcolo del valore stimato dei contratti pubblici	28
5.1. La questione del calcolo della soglia comunitaria nelle ipotesi di procedura negoziata ex art. 57, comma 3, lett. b), ed ex art. 57, comma 5, lett. b)	28
CAPITOLO TERZO	30
Le eccezioni all'applicazione del Codice (Alberto Zito)	30
1. Gli appalti esclusi	30
1.1. I principi e la classificazione	30
1.2. Contratti di servizi esclusi ed appalti di servizi elencati nell'allegato IIB	31
1.3. Gli appalti segreti	33

2. Gli appalti riservati	34
2.1. Definizioni	34
2.1.1. LE COOPERATIVE SOCIALI	34
2.1.2. LE IMPRESE SOCIALI	35
2.1.3. I LABORATORI PROTETTI	35
2.1.4. IL PROGRAMMA DI LAVORO PROTETTO	35
PARTE SECONDA	39
Gli atti e le attività preliminari all'espletamento della procedura ad evidenza pubblica	39
CAPITOLO PRIMO	40
Le esigenze della stazione appaltante (Salvatore Dettori)	40
1. La programmazione dell'approvvigionamento, la stima del fabbisogno e la copertura finanziaria	40
2. La determinazione a contrarre	41
3. Le specifiche tecniche, il capitolato speciale e lo schema di contratto	43
3.1. Le specifiche tecniche	43
3.1.1. L'INCIDENZA DELLE SPECIFICHE TECNICHE NEGLI ATTI DI GARA	45
3.2. Il capitolato speciale e lo schema di contratto	47
3.2.1. LA STRUTTURA DEL CAPITOLATO SPECIALE	47
3.2.2. LA STRUTTURA DELLO SCHEMA DI CONTRATTO	47
3.2.3. LA DOCUMENTAZIONE COSTITUENTE LA C.D. LEGGE SPECIALE DELLA GARA E LA TERMINOLOGIA	47
4. Il responsabile del procedimento	48
4.1. Definizione	48
4.2. Nomina	48
4.3. Requisiti soggettivi	49
4.4. Compiti e funzioni	50
CAPITOLO SECONDO	52
Tipologie di acquisto di beni e servizi (Teresa Felicetti)	52
1. La scelta della procedura e dei criteri di selezione delle offerte: analisi costi-benefici e tempistica	52

1.1. La scelta della procedura di gara	52
1.1.1. LA SCELTA TRA PROCEDURA APERTA E PROCEDURA RISTRETTA	52
1.1.2. LA SCELTA TRA PROCEDURA ORDINARIA E PROCEDURA NEGOZIATA	53
1.1.3. LA SCELTA TRA PROCEDURE ORDINARIE (APERTA O RISTRETTA) E L'ADESIONE ALLE CONVENZIONI CONSIP	54
1.2. La scelta del criterio di selezione delle offerte	55
1.2.1. I CRITERI DI SELEZIONE DELLE OFFERTE	55
1.2.2. LA SCELTA TRA I DUE CRITERI	55
1.3. La tempistica	57
1.3.1. LA NATURA DEI TERMINI DI PRESENTAZIONE DELLE OFFERTE E DELLE DOMANDE DI PARTECIPAZIONE	57
2. La procedura aperta sopra e sotto soglia comunitaria	58
2.1. Definizione	58
2.2. Caratteristiche	58
2.3. Le incombenze della stazione appaltante nella procedura aperta	58
2.4. La facoltà di non aggiudicare la gara	59
2.5. Le differenze tra la procedura aperta sopra soglia e la procedura aperta sotto soglia	60
2.5.1. LA PUBBLICITÀ	60
2.5.2. LA TEMPISTICA	60
2.5.2.1. <i>Le ipotesi di riduzione del termine minimo di presentazione delle offerte</i>	60
2.5.2.2. <i>Le ipotesi di prolungamento del termine minimo di presentazione delle offerte</i>	61
2.5.3. I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE	62
2.5.4. L'ANOMALIA DELLE OFFERTE	62
3. La procedura ristretta sopra e sotto soglia comunitaria	63
3.1. Definizione	63
3.2. Caratteristiche	63
3.3. Le incombenze della stazione appaltante nella procedura ristretta	63
3.4. La facoltà di non aggiudicare la gara	64
3.5. Le differenze tra la procedura ristretta sopra soglia e la procedura ristretta sotto soglia	64
3.5.1. LA TEMPISTICA	64

3.5.1.1. <i>Le ipotesi di riduzione del termine minimo di presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione</i>	64
3.5.1.2. <i>Le ipotesi di prolungamento del termine minimo di presentazione delle offerte</i>	65
4. La negoziazione in luogo della gara	66
4.1. Definizione	66
4.2. Caratteristiche	66
4.3. La facoltà di limitare il numero di candidati da invitare nelle procedure negoziate previa pubblicazione di bando di gara	66
4.4. Le differenze tra la procedura negoziata sopra soglia e la procedura negoziata sotto soglia	67
4.4.1. LA TEMPSTICA	67
4.4.1.1. <i>Le ipotesi di riduzione del termine minimo di presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione</i>	68
4.4.1.2. <i>Le ipotesi di prolungamento del termine minimo di presentazione delle offerte</i>	69
5. Il dialogo competitivo	69
5.1. Definizione	69
5.2. I presupposti	69
5.3. La procedura del dialogo competitivo	70
5.3.1. LA PRIMA FASE: LA SELEZIONE DEGLI OPERATORI ECONOMICI DA AMMETTERE AL DIALOGO	70
5.3.2. LA SECONDA FASE: LA SELEZIONE DELLA SOLUZIONE O DELLE SOLUZIONI DA METTERE A GARA	70
5.3.3. LA TERZA FASE: LA GARA SULLA SOLUZIONE (O SULLE SOLUZIONI) PRESCELTE	71
6. L'accordo quadro	72
6.1. Definizione	72
6.2. Caratteristiche	72
6.3. Procedure per la conclusione di un accordo quadro	72
6.4. Procedure per l'aggiudicazione di un appalto basato su un accordo quadro	72
6.4.1. ACCORDO QUADRO CONCLUSO CON UN SOLO OPERATORE	73
6.4.2. ACCORDO QUADRO CONCLUSO CON PIÙ OPERATORI	73
6.5. Durata	74
6.6. L'adesione ad un accordo quadro concluso da una centrale di committenza	74
6.6.1. DEFINIZIONE DI CENTRALE DI COMMITTENZA	74

6.6.2. GLI ACCORDI QUADRO STIPULATI DALLE CENTRALI DI COMMITTENZA	74
7. Il sistema dinamico di acquisizione	74
7.1. Definizione	74
7.2. Caratteristiche	74
7.3. L'istituzione di un sistema dinamico di acquisizione	75
7.3.1. LA PROCEDURA PER L'AVVIO DEL SISTEMA	75
7.3.2. LA FORMAZIONE DEL SISTEMA	76
7.4. Procedura di aggiudicazione di uno specifico appalto	76
7.5. Durata	77
8. Gli affidamenti in economia di servizi e forniture	77
8.1. Definizioni	77
8.2. Disciplina giuridica di riferimento	77
8.3. Caratteristiche	78
8.4. Condizioni di ammissibilità	78
8.4.1. LE SPECIFICHE IPOTESI IN PRESENZA DELLE QUALI È ALTRESÌ CONSENTITO IL RICORSO ALL'ACQUISIZIONE IN ECONOMIA	79
8.5. Modalità di affidamento	79
8.5.1. LA PROCEDURA DI COTTIMO FIDUCIARIO	80
9. Gli acquisti mediante Consip S.p.a.	81
10. Gli affidamenti in house: l'evoluzione della disciplina normativa e della giurisprudenza comunitaria e nazionale	83
10.1. Definizione	83
10.2. La disciplina dell'in house providing	84
10.3. I presupposti dell'in house providing nella giurisprudenza comunitaria ed interna	85

Legenda dei simboli nel testo



segnala un box che evidenzia questioni di particolare interesse dal punto di vista operativo



segnala un box che contiene casi esemplificativi



I principi e le tipologie contrattuali

PARTE PRIMA

Il Codice dei contratti pubblici: i soggetti ed i principi (Alberto Zito)

1. La Presidenza del Consiglio dei Ministri quale amministrazione aggiudicatrice

L'art. 1 del Codice dei contratti pubblici, introdotto con il D. Lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, stabilisce espressamente che il Codice in questione disciplina i contratti delle stazioni appaltanti, degli enti aggiudicatori e dei soggetti aggiudicatori aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori ed opere. E' ovviamente incontestabile che la Presidenza del Consiglio dei Ministri si configuri come soggetto compreso in tale indicazione. Essa infatti, in quanto amministrazione di vertice dello Stato, partecipa, ai sensi dell'art. 3, comma 25, del Codice, alla natura di amministrazione aggiudicatrice e dunque, secondo quanto disposto dal successivo art. 3, commi 29 e 33, rispettivamente a quella di ente aggiudicatore e di stazione appaltante.

2. I principi posti dal Codice

L'art. 2, comma 1, del Codice prevede che tanto la fase dell'affidamento quanto la fase dell'esecuzione degli appalti pubblici debbano svolgersi nel rispetto di una serie di principi, applicabili indistintamente ai lavori, ai servizi ed alle forniture. Tali principi sono indicati dal richiamato articolo. Alcuni di essi trovano applicazione indistintamente alle suddette fasi. Tali sono:

- il principio di economicità
- il principio di efficacia
- il principio di tempestività
- il principio di correttezza

I restanti principi debbono essere altresì rispettati nella fase di affidamento. Essi sono:

- il principio di libera concorrenza
- il principio di parità di trattamento
- il principio di non discriminazione
- il principio di trasparenza
- il principio di proporzionalità

- il principio di pubblicità

I suddetti principi trovano applicazione integrale negli appalti sopra soglia comunitaria. Per gli appalti nei settori esclusi si applicano, ai sensi dell'art. 27 del Codice, i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'applicazione dei predetti principi è attenuata per gli affidamenti in economia, disciplinati all'art. 125 del Codice.

2.1. Il principio di economicità ed il principio di efficacia

2.1.1. DEFINIZIONI

Il principio di economicità si sostanzia nell'uso ottimale delle risorse impiegate nell'appalto.

La sua applicazione comporta che non vi sia inutile eccedenza di impiego di tali risorse nello svolgimento della gara ovvero nell'esecuzione del contratto. Si tratta dunque di un principio che l'amministrazione deve sempre tenere in considerazione ogni qualvolta si presenti un fatto che è potenzialmente idoneo ad incidere sugli elementi indicati, onde risolvere il fatto stesso senza eccedenza.

Il principio di efficacia, invece, si sostanzia nella necessità che la stazione appaltante operi in modo tale che i propri atti risultino congrui rispetto allo scopo cui sono preordinati.

2.1.2. ESEMPI PARADIGMATICI DI APPLICAZIONE

Il principio di economicità viene innanzitutto declinato come divieto di ripetizione di attività connesse all'appalto già poste in essere. Ad esempio, nell'ipotesi di annullamento da parte del giudice amministrativo della valutazione delle offerte, la stazione appaltante deve fare salvo il bando ed il capitolato e riprendere la gara dall'invito a presentare le offerte (Cons. St., sez. V, 28 maggio 2009, n. 3284; TAR Piemon-

te Torino, sez. II, 03 aprile 2007, n. 1529). In casi come questo il principio esprime dunque un'esigenza di conservazione degli atti giuridici che non sono toccati dalla pronuncia di illegittimità che colpisce un atto della procedura ad essi successivo. Peraltro, al fine di fare operare il principio di economicità in senso conservativo, è necessario che gli atti anteriori a quello annullato abbiano un'autonomia funzionale rispetto all'atto di cui si è accertata l'illegittimità. L'esempio fatto è emblematico: il bando ed il capitolato speciale d'appalto hanno certamente una loro autonomia funzionale nell'ambito del procedimento di gara in quanto delineano il quadro delle regole (compongono la *lex specialis*) che in tutte le fasi successive la stazione appaltante deve rispettare nel porre in essere gli atti della procedura. Tanto il bando quanto il capitolato, pur essendo atti del procedimento di gara, rivestono un ruolo peculiare e dunque integrano le condizioni affinché l'annullamento di un atto seguente non imponga la rimozione degli stessi da parte della stazione appaltante.



Sulla scelta di proseguire la gara a seguito dell'annullamento di atti della procedura

A proposito del divieto di ripetizione di attività connesse all'appalto a seguito di annullamento giurisdizionale di atti della procedura deve segnalarsi come il giudice amministrativo abbia riconosciuto alla stazione appaltante la possibilità di scegliere discrezionalmente se proseguire nella procedura, facendo salvi gli atti già posti in essere e non toccati dall'annullamento, ovvero avviare una nuova previa annullamento in autotutela della procedura già espletata ed in corso (TAR Lazio Roma, 28 novembre 2005, n. 12456). Ove peraltro la stazione appaltante si determini in quest'ultimo senso è sempre necessario ed opportuno fornire congrua giustificazione della scelta fatta.

Il principio di economicità viene altresì declinato come divieto di aggravare il procedimento, con riferimento al compimento di atti della procedura privi di concreta utilità.

Nella seconda prospettiva il principio di economicità giustifica il riconoscimento del potere generale in capo alla stazione appaltante di vagliare in via preliminare i progetti relativi ad una gara da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di escludere, da subito, quelli tecnicamente incompatibili con l'oggetto della gara, onde evitare di porre in essere un'attività inutile quale sarebbe quella concernente l'attribuzione del punteggio ai progetti in questione (TAR Campania, Napoli, sez. I, 26 novembre 2008, n. 20218).

I principi di economicità e di efficacia, in quanto espressione del più generale principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione, presentano molte affinità e punti di contatto. Ciò spiega perché nelle decisioni della giurisprudenza essi vengano sovente richiamati congiuntamente, senza che venga fatta una netta distinzione nell'applicazione concreta che i giudici ne fanno.

2.1.3. LIMITAZIONI ALL'APPLICABILITÀ DEL PRINCIPIO DI ECONOMICITÀ

L'art. 2, comma 2, del Codice, prevede che il principio di economicità possa risultare subordinato rispetto ad esigenze sociali, di tutela della salute e dell'ambiente e di promozione dello sviluppo sostenibile. Tali esigenze sono infatti considerate come espressione di interessi ritenuti primari.

La descritta possibilità di deroga all'applicazione del principio di economicità è peraltro contenuta nei limiti stabiliti dalle norme vigenti e dal Codice e subordinata alla condizione che i suddetti interessi siano previamente esplicitati nel

bando di gara.

La norma in esame si è peraltro uniformata alle indicazioni provenienti dall'Unione Europea che ha affiancato alla promozione di uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, le finalità di promozione di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, nonché di un elevato livello di protezione dell'ambiente. Le direttive comunitarie in materia di appalti hanno pienamente recepito tale tendenza, prevedendo espressamente la possibilità per le stazioni appaltanti di vincolare l'aggiudicazione della gara e l'esecuzione del contratto al rispetto di particolari condizioni in tema di esigenze sociali, salute, ambiente, nonché di sviluppo sostenibile.

Tali condizioni nel nostro Codice, oltre alla disposizione contenuta nell'art. 2, comma 2, sono presenti:

- nell'art. 42, comma 1, lett. f), alla luce del quale, ai fini della dimostrazione della capacità tecnica e professionale, si può prevedere, per gli appalti di servizi e unicamente nei casi appropriati, stabiliti dal regolamento, l'indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto;
- nell'art. 44 sulle norme di gestione ambientale, ove è previsto che qualora, per gli appalti di lavori e di servizi, e unicamente nei casi appropriati, le stazioni appaltanti chiedano l'indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante l'esecuzione del contratto, e allo scopo richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare il rispetto da parte dell'operatore economico di determinate norme di gestione ambientale, esse fanno riferimento al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS) o a norme di gestione ambientale basate sulle pertinenti norme europee o internazionali certificate da organismi conformi alla legislazione comunitaria o alle norme europee o internazionali relative alla certificazione;
- nell'art. 52, ai sensi del quale le stazioni appaltanti, in presenza di menzione della disposizione in questione nel bando di gara, possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a laboratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali;
- nell'art. 68, comma 3, lett. b), ai sensi del quale, fatte salve le regole tecniche nazionali obbligatorie, nei limiti in cui sono compatibili con la normativa comunitaria, le specifiche tecniche sono formulate, tra le diverse modalità, in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, che possono includere caratteristiche ambientali. Questi devono tuttavia essere sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle stazioni appaltanti di aggiudicare l'appalto;
- nell'art. 69, commi 1 e 2, in merito alla possibilità per le stazioni appaltanti di esigere condizioni particolari, che possono attenersi ad esigenze sociali o ambientali, per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano

precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri;

- nell'art. 83, comma 1, lett. e), che contempla la previsione, tra i criteri di valutazione delle offerte economicamente più vantaggiose, le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto.

2.2. Il principio di tempestività

2.2.1. DEFINIZIONE

Il principio considera il fattore temporale quale elemento fondamentale nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e di esecuzione degli stessi. Esso si sostanzia nell'esigenza di non dilatare il tempo di conclusione del procedimento ovvero di esecuzione dell'appalto in assenza di obiettive ragioni.

2.2.2. ESEMPI PARADIGMATICI DI APPLICAZIONE

Il principio viene il più delle volte utilizzato per stabilire la perentorietà o meno di un termine previsto dalla norma per il compimento di determinate attività senza che la norma medesima qualifichi il termine medesimo in un senso o nell'altro. Ad esempio, il termine di dieci giorni, fissato dall'art. 48, comma 1, del Codice, entro il quale i partecipanti (sorteggiati prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta) debbono comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, va inteso come perentorio in quanto, in caso contrario, la stazione appaltante, nel prolungarsi del mancato adempimento, non potrebbe chiudere in tempi ragionevoli il procedimento di aggiudicazione (TAR Friuli Venezia Giulia Trieste, sez. I, 08 novembre 2007, n. 720).

2.3. Il principio di correttezza

2.3.1. DEFINIZIONE

Il principio si sostanzia nell'esigenza che le amministrazioni pubbliche si comportino lealmente con riferimento sia all'attività posta in essere nella procedura di aggiudicazione sia all'attività posta in essere nella fase di esecuzione dell'appalto. Esso risulta dunque strettamente connesso, per un verso, al principio di imparzialità e, per altro verso, al principio di buona fede nei rapporti tra privati.

2.3.2. ESEMPI PARADIGMATICI DI APPLICAZIONE

Il principio in questione si sostanzia, nell'ambito della procedura di aggiudicazione, nell'esigenza di motivare adeguatamente i punteggi dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il ricorso al mero punteggio numerico è infatti possibile soltanto nell'ipotesi in cui il bando di gara ha espressamente predefinito specifici obiettivi e puntuali criteri di valutazione.

Il principio di correttezza viene in tal caso considerato come strettamente connesso a quello di trasparenza, utile al fine di verificare l'imparziale svolgimento del procedimento di gara e quindi la correttezza dell'operato della stazione appaltante (Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2009, n. 6311; TAR Sicilia Catania, sez. III, 18 giugno 2009, n. 1155).

Il principio di correttezza impone l'osservanza degli adempimenti formali richiesti dalla procedura di gara.

Ad esempio la mancata sottoscrizione del capitolato speciale non può essere sanata da dichiarazioni integrative oppure attraverso altre modalità, qualora la lettera di invito precisi espressamente che detta modalità di sottoscrizione del capitolato va rispettata a pena di esclusione. In tal caso la stretta osservanza della

forma costituisce, infatti, elemento fondamentale nelle procedure di gara ad evidenza pubblica, quale mezzo per garantire l'imparzialità e la correttezza dell'azione amministrativa (TAR Lazio Roma, sez. III, 04 giugno 2009, n. 5392).



Un'impresa è stata esclusa da una procedura di gara per aver presentato domanda di partecipazione, a mezzo fax, in ritardo rispetto all'ora prevista dal bando. In realtà è stato provato che l'ora indicata sul fax in uscita del concorrente escluso era inesatta, in quanto l'orario di spedizione dell'apparecchio non risultava aggiornato all'ora solare e l'ora indicata era quella legale. In tale situazione il giudice amministrativo ha ritenuto conforme al principio di correttezza e di buona fede l'obbligo per la stazione appaltante di valutare opportunamente, nel rispetto del principio del "favor participationis", la possibilità di considerare tempestiva la domanda, anche semplicemente verificando l'orario di arrivo del fax presso l'apparecchiatura telex di destinazione (Cons. St., sez. V, 05 maggio 2009, n. 2817).

2.4. Il principio di libera concorrenza, il principio di parità di trattamento ed il principio di non discriminazione

2.4.1. DEFINIZIONI

I tre principi risultano strettamente collegati. Il primo è quello avente portata e contenuto più generale. Gli altri due ne costituiscono in qualche modo specificazione.

Il principio di libera concorrenza trova fondamento prioritario nel diritto comunitario e, applicato alla materia degli appalti pubblici, comporta la contendibilità degli appalti medesimi da parte dei soggetti interessati. Esso impone che le stazioni appaltanti nell'acquisizione di lavori, servizi e forniture ricorrano in via generale a procedure di gara. Il principio di parità di trattamento ha una por-

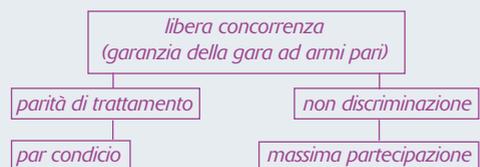
tata consistente nella garanzia che i concorrenti siano valutati in modo eguale in presenza di situazioni eguali ed in modo diverso in presenza di fatti che differenziano la posizione dei medesimi. La sua applicazione comporta in via generale e a titolo esemplificativo:

- a) il divieto di penalizzare un concorrente rispetto ad un altro nell'ammissione alla gara ovvero nella valutazione dell'offerta quando entrambi posseggono gli stessi requisiti ovvero formulino un'offerta con caratteristiche identiche o più verosimilmente simili;
- b) l'obbligo di premiare, con l'attribuzione di un punteggio maggiore, il concorrente la cui offerta risulti migliore rispetto alle altre.

Il principio di non discriminazione si esplica nel divieto di operare irragionevoli restrizioni all'accesso alle procedure di gara ovvero irragionevoli penalizzazioni che rendano difficile la predisposizione delle offerte ovvero ne impediscano la corretta valutazione.



I principi di libera concorrenza, di parità di trattamento e di non discriminazione vengono spesso utilizzati dalla giurisprudenza congiuntamente, in virtù, come si è detto, del loro stretto collegamento. Talvolta, per indicarli, si usano espressioni differenti volte a descrivere non il contenuto dei principi, ma l'effetto derivante dalla loro applicazione. E così quando si parla di principio di par condicio ovvero di massima partecipazione alle gare si vuole indicare dal punto di vista dell'effetto nel primo caso il principio di parità di trattamento e nel secondo il principio di non discriminazione. Per orientarsi può essere utile il seguente schema:



2.4.2. ESEMPI PARADIGMATICI DI APPLICAZIONE

Molteplici sono le fattispecie in cui l'agire della stazione appaltante può ledere i principi in questione. A tal proposito è opportuno esaminare nel dettaglio alcuni casi esemplari.



Sulla lesione del principio di libera concorrenza

Un ente locale affida ad una impresa la fornitura di elicotteri per il servizio di elisoccorso alpino ritenendo che i modelli dell'impresa siano gli unici presenti sul mercato in grado di soddisfare i requisiti richiesti. Un'impresa concorrente contesta l'esistenza di tale presupposto. Portata la questione dinanzi al giudice amministrativo quest'ultimo, anche sulla base di una consulenza tecnica d'ufficio, ritiene insussistente il presupposto donde l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante. In particolare il giudice amministrativo afferma che risulta violato l'obbligo di aggiudicare gli appalti a seguito di procedura di gara (Cons. St., sez. V, 24 aprile 2009, n. 2600).

La stazione appaltante deve porre in essere una procedura negoziata per l'aggiudicazione di un appalto, allorquando sia andata deserta una precedente procedura aperta? Il giudice amministrativo ha sostenuto l'inesistenza di tale obbligo, considerato anche che il ricorso alla procedura negoziata, come metodo di aggiudicazione di un appalto pubblico, è una modalità di carattere eccezionale e perciò residuale, in quanto comprime il principio della concorrenza e della più ampia partecipazione alla gara (Cons. St., sez. V, 28 settembre 2009, n. 5808).

Sulla lesione del principio di parità di trattamento

La clausola di un capitolato speciale prevede che l'impresa aggiudicataria debba presentare in sede di offerta copia conforme di una licenza. Il riferimento all'aggiudicatario contenuto nella suddetta clausola può significare che il documento può essere presentato a gara espletata e dunque al momento della sottoscrizione del contratto?

Il Consiglio di Stato, per costante giurisprudenza, ritiene che i requisiti di ammissione alla gara devono

inderogabilmente sussistere, in ossequio al principio di parità di trattamento e per esigenze di certezza del diritto, al momento della presentazione delle offerte e non già al momento dell'aggiudicazione (Cons. St. sez. VI, 17 settembre 2009, n. 5548).

Sulla lesione del principio di non discriminazione

Un Consorzio impugna l'esclusione dalla partecipazione ad una procedura ristretta indetta per l'affidamento di progetti triennali di inserimento lavorativo di disabili ed anziani, nonché il bando di gara nella parte in cui riserva la partecipazione alla procedura negoziata alle sole istituzioni socio-assistenziali aventi sede nel territorio di un determinato distretto sociosanitario.

Il giudice amministrativo adito ritiene che i bandi di gara non possono stabilire limitazioni territoriali ai fini della partecipazione alle gare, pena l'illegittimità di tali clausole per violazione dei principi di derivazione costituzionale e comunitaria che vietano ogni discriminazione razione loci, in assenza di ragioni e circostanze normativamente previste ovvero desumibili dalla particolarità della fattispecie concreta (TAR Sicilia Palermo, sez. III, 4 marzo 2008, n. 290).

2.5. Il principio di trasparenza ed il principio di pubblicità

2.5.1. DEFINIZIONI

I principi in esame attengono entrambi all'esigenza di conoscibilità dell'azione amministrativa e degli atti alla stessa collegati. Il principio di pubblicità si deve ritenere in tal senso una specificazione di quello più generale di trasparenza. In particolare il principio di trasparenza è stato talvolta declinato come esigenza di pubblicità delle procedure di gara. In virtù di tale convergenza i suddetti principi sono sovente accostati, soprattutto nel momento in cui ne viene accertata la lesione in sede giurisdizionale. Il principio di trasparenza si esplica nella garanzia, in favore di ogni potenziale offerente, di procedure conoscibili ed accessibili di modo da consentire l'apertura degli appalti alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità degli affidamenti

(Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362). Il principio di pubblicità si configura quale dovere in capo alla stazione appaltante di consentire la concreta conoscibilità sia delle attività di gara sia degli atti a questa collegati. In particolare nella prima prospettiva ciò avviene anche attraverso il materiale svolgimento delle suddette attività in presenza dei soggetti interessati ove non ostino divieti normativamente previsti. Nella seconda il principio garantisce l'accesso agli atti e alla documentazione amministrativa nei tempi e con le modalità di cui all'art. 13 del Codice.

2.5.2. ESEMPI PARADIGMATICI DI APPLICAZIONE

Il principio di trasparenza è stato declinato:

- a) come esigenza che le condizioni e le modalità della procedura di gara siano formulati in maniera chiara, precisa ed univoca nel bando o nel capitolato speciale (C. Giust. CE, 29 aprile 2004, C-496/99);
- b) come esigenza in capo alla stazione appaltante di garantire in sede di gara adeguate forme di pubblicità (C. Giust. CE, 13 ottobre 2005, C-458/03);
- c) come esigenza che l'introduzione di elementi di specificazione ed integrazione delle prescrizioni e dei documenti di gara non avvenga successivamente alla presentazione delle offerte (Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2008, n. 6320);
- d) come esigenza che la commissione giudicatrice proceda prima all'esame delle offerte tecniche e successivamente di quelle economiche (Cons. St., sez. V, 25 maggio 2009, n. 3217).

2.6. Il principio di proporzionalità

Il principio si sostanzia nell'esigenza che le pubbliche amministrazioni perseguano i propri fini

istituzionali attraverso modalità di svolgimento della propria azione che siano in rapporto di idoneità, necessità ed adeguatezza con l'obiettivo da raggiungere.

2.6.1. ESEMPI PARADIGMATICI DI APPLICAZIONE

Il principio di proporzionalità è stato declinato:
a) come esigenza di fissazione di requisiti di partecipazione adeguati e proporzionati rispetto all'oggetto ed al valore dell'appalto;



L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici ha ricordato che la giurisprudenza amministrativa, con orientamento univoco, è dell'avviso di riconoscere alla discrezionalità della stazione appaltante il compito di fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara, anche più stringenti rispetto a quelli previsti dalla legge.

L'unico limite alla insindacabilità della scelta si rinviene allorché la stessa sia manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica e contraddittoria, nonché lesiva della concorrenza.

La ragionevolezza dei requisiti non va peraltro valutata in astratto, ma in correlazione al valore dell'appalto.

Ad esempio risulta sicuramente immotivata la richiesta, per un appalto di pulizie, del possesso da parte dell'impresa di un fatturato nove volte superiore al valore dell'appalto.

Viceversa l'aver richiesto un fatturato, per ciascun lotto dell'appalto, pari al doppio del rispettivo importo, non riveste carattere di sproporzione o aleatorietà, né si delinea una limitazione dell'accesso alla gara, tenuto conto che attraverso lo strumento dell'associazione temporanea tra imprese (nel quale i requisiti richiesti ai partecipanti, compreso il fatturato, vengono ripartiti tra i medesimi) ovvero in presenza dell'avvalimento, le imprese di minori dimensioni hanno la possibilità di accedere anche agli appalti di rilevante valore, senza con ciò che vengano ridotte le garanzie complessive di qualificazione che l'amministrazione ha inteso fissare in relazione alla specificità dell'appalto (AVCP, Delibera 24 gennaio 2007, n. 20).

- b) come esigenza che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti per cui le scelte della stazione appaltante devono comportare il minore disagio all'esercizio dell'attività economica (TAR Lazio Roma, sez. III, 08 maggio 2009, n. 4924);
- c) come esigenza che gli adempimenti formali prescritti risultino utili e ragionevoli per la procedura di gara e non ne costituiscano un inutile aggravio. In tal senso è stata affermata l'illegittimità dell'esclusione di un concorrente da una procedura di gara in quanto l'istanza di partecipazione non risultava controfirmata sui lembi di chiusura così come espressamente previsto dal bando (TAR Sicilia Catania, sez. II, 3 dicembre 2009, n. 2023);
- d) come esigenza che la revoca dell'aggiudicazione provvisoria trovi logico e prudente pre-

supposto nell'oggettiva gravità della violazione commessa. Ad esempio, in tema di regolarità contributiva non può assumersi congruo il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione nell'ipotesi in cui non si sia materialmente verificato un inadempimento contributivo, quanto un'inesattezza in talune dichiarazioni (di apertura e chiusura cantieri) che tuttavia non ha comportato il mancato pagamento degli oneri contributivi (TAR Sicilia Palermo, sez. II, 23 gennaio 2007, n. 195).

2.7. Il bilanciamento tra principi

2.7.1. IL CONFLITTO TRA PRINCIPI

Nella materia degli appalti non è infrequente che alla medesima vicenda siano applicabili principi generali potenzialmente confliggenti ovvero che in casi particolari possono recipro-



Un'amministrazione sanitaria ha previsto l'affidamento in un unico lotto indivisibile dell'appalto per la fornitura in "global service" di tutto il materiale, sanitario e non sanitario, necessario ad un determinato dipartimento, compresi anche lavori sull'impianto idrosanitario, antincendio, elettrico, di climatizzazione, di distribuzione dei gas medicali, di installazione di strutture prefabbricate, la posa in opera di apparecchiature, di attrezzature e di quanto altro necessario per il corretto e razionale funzionamento delle forniture secondo il criterio del "chiavi in mano", per la durata di nove anni. È un tale bando legittimo o esso impedisce di formulare offerte consapevoli a cagione della eccessiva diversità, della assoluta eterogeneità delle prestazioni, dell'oggettiva indeterminatezza dell'oggetto del contratto con ciò violando in particolare il principio di proporzionalità?

Il caso viene portato dinnanzi al giudice amministrativo il quale censura l'impostazione complessiva dell'appalto ed in particolare le disposizioni del bando che:

- a) comportano irragionevoli limitazioni all'attività d'impresa dei produttori di manufatti e di materiali di consumo che sono di fatto costretti a raggrupparsi con i distributori ed a coordinarsi con imprese di lavori pubblici ove intendano concorrere;
- b) non tengono conto del fatto che il mercato dei dispositivi medici è un settore ad elevata specificità;
- c) non consentono di comprendere e valutare con sufficiente precisione l'entità delle prestazioni da offrire, data l'assoluta incertezza delle quantità e delle tipologie di prestazioni;
- d) non permettono, in conseguenza, di valutare esattamente gli oneri economici connessi alle prestazioni accessorie;
- e) prevedono criteri di valutazione tecnica dell'offerta, cui è collegata l'ammissibilità della medesima, incongrui rispetto ai valori, che sono incerti nella loro esatta definizione in quanto non indicano quali sono gli obiettivi di eccellenza ed i parametri minimi di riferimento.

Dal caso di specie emerge come bisogna procedere con molta cautela nell'assumere in un unico appalto prestazioni diverse pena l'incorrere nella violazione del principio di proporzionalità (TAR Lazio Roma, sez. III, 08 maggio 2009, n. 4924).

camente escludersi. In tali ipotesi risulta allora necessario individuare quale sia il principio prevalente. A tal fine bisogna tenere in debito conto il fatto che i principi comunitari hanno una particolare rilevanza, stante la sopraordinazione del diritto comunitario rispetto a quello dei singoli Stati membri.



Sulla rilevanza dei principi comunitari

Il principio di concorrenza e quelli che ne rappresentano attuazione e corollario (quali il principio di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, che hanno trovato anche recepimento espresso nel diritto interno negli artt. 27, comma 1, 30, comma 3, e 91, comma 2, del Codice), costituendo principi fondamentali del diritto comunitario, si elevano a principi generali di tutti i contratti pubblici e sono direttamente applicabili, a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno contrario (Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362; 30 dicembre 2005, n. 7616; 25 gennaio 2005, n. 168).

Sul punto, si vedano la Comunicazione della Commissione Europea del 12 aprile 2000 (G.U.C.E. n. C 121 del 29 aprile 2000) e la Circolare della PCM, Dipartimento per le politiche comunitarie, n. 945 del 1 marzo 2002.

2.7.2. TECNICHE DI BILANCIAMENTO TRA PRINCIPI

Nell'ipotesi di conflitto tra principi aventi fonte omogenea sarà allora necessario compiere un'attività volta al bilanciamento degli stessi, ossia alla valutazione relativa del peso di ciascuno. In merito è bene chiarire che non esistono espresse e predefinite regole per compiere tale valutazione: detto in altri termini, non vi è alcuna previsione volta a stabilire né la prevalenza assoluta di un principio sopra un altro, né le modalità per procedere alle operazioni di bi-

lanciamento. Indicazioni utili sono però fornite dalla giurisprudenza, che in più occasioni si è pronunciata in merito ai conflitti nell'applicazione dei principi applicabili nella materia degli appalti pubblici, operando un bilanciamento sulla base delle singole vicende concrete di volta in volta in esame.

2.7.3. UN CRITERIO UTILE PER OPERARE IL BILANCIAMENTO: IL CONFLITTO TRA IL PRINCIPIO DI PAR CONDICIO ED IL PRINCIPIO DI MASSIMA PARTECIPAZIONE

Un'ipotesi di conflitto tra due principi di derivazione comunitaria, esplicitazione del più generale principio della libera concorrenza, si registra ad esempio quando la stazione appaltante debba scegliere tra l'applicazione delle prescrizioni che fissano adempimenti formali in capo ai partecipanti, a garanzia della par condicio tra gli stessi, e l'applicazione del principio della massima partecipazione alla gara.

In proposito il giudice amministrativo, a fronte della violazione di oneri formali imposti a pena di esclusione dalla lex specialis, ha affermato la prevalenza del principio di formalità, collegato alla garanzia della par condicio, sul principio del favor participationis (Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2008, n. 567; Cons. St., sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2254; Cons. St., Sez. V, 22 dicembre 2008, n. 6498).

Tuttavia lo stesso giudice amministrativo ha in altri casi fatto prevalere il principio della massima partecipazione su quello di parità di trattamento privilegiando la soluzione favorevole all'ammissione alla gara in luogo di quella che tende all'esclusione di un concorrente. Ciò è avvenuto nelle seguenti ipotesi:

- 1) in presenza di una clausola di gara ambigua, incerta o comunque non univoca (Cons. St., Sez. V, 18 gennaio 2006, n. 127; TAR Tosca-

na Firenze Sez. I, 3 febbraio 2010, n. 184; TAR Lazio Roma, Sez. I, 1 febbraio 2007, n. 763);

- 2) nel caso in cui non sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante donde la conseguenza che la portata delle singole clausole che comminano l'esclusione in termini generali e onnicomprensivi per il mancato rispetto di oneri formali deve essere valutata alla stregua dell'interesse che la regola violata è destinata a presidiare (TAR Campania Napoli, sez. V, 15 maggio 2008, n. 4511; TAR Lazio Roma, sez. I, 27 luglio 2006, n. 6583; Cons. St., sez. V, 10 novembre 2003, n. 7134).

Dalla casistica esaminata emerge qualche indicazione metodologica utile per operare il bilanciamento: il principio della massima partecipazione finisce per risultare prevalente rispetto al principio della par condicio in tutti quei casi in cui esso si presenta insieme ad altri principi pure rilevanti che ne rafforzano il peso. È facile comprendere come:

- nella prima ipotesi a venire in rilievo rispetto alla fattispecie concreta non è solo il principio della massima partecipazione, ma anche quello di correttezza;
- nella seconda ipotesi a venire in rilievo insieme al primo è il principio di efficacia, dal momento che potrebbe non essere congruo, rispetto al fine cui la procedura di aggiudicazione è rivolta, prevedere clausole di esclusione omnibus.

3. L'applicazione alla materia degli appalti della legge sul procedimento amministrativo e delle disposizioni stabilite nel codice civile

L'art. 2, ai commi 3 e 4, prevede che, per quanto non espressamente previsto nel Codice, le

procedure di affidamento e le altre attività amministrative, per un verso, e l'attività contrattuale, per altro verso, si espletino nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241 del 1990 e delle disposizioni contenute nel codice civile.

3.1. Esemplicazioni

È possibile applicare alla materia degli appalti la previsione contenuta nell'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, nella parte in cui prevede che non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato? La giurisprudenza amministrativa ha fornito risposta positiva in molteplici occasioni. L'art. 21 octies è stato applicato ad esempio:

- a) nell'ipotesi di omessa comunicazione di avvio del procedimento di esclusione da una gara, per accertata violazione dell'art. 37, comma 7 del Codice, ossia del divieto di partecipazione alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti (TAR Sardegna Cagliari, sez. I, 20 gennaio 2009, n. 53);
- b) in caso di difetto di motivazione del provvedimento di esclusione da una gara d'appalto per carenza di un requisito, essendo palese che, per la natura vincolata del provvedimento, il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (TAR Liguria Genova, sez. II, 21 dicembre 2006, n. 1723).

I contratti disciplinati dal Codice (Alberto Zito)

1. I contratti di servizi e forniture: definizioni, nomenclatura comunitaria di riferimento e metodi di individuazione

1.1. Gli appalti pubblici

1.1.1. DEFINIZIONE

L'art. 3, comma 6, del Codice definisce gli appalti pubblici quali contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti dal Codice medesimo.



La nozione civilistica di appalto

La definizione di appalto pubblico delineata dal Codice corrisponde a quella comunitaria. Tale definizione è diversa da quella generalmente conosciuta nel nostro diritto interno in ambito civilistico, laddove, ai sensi dell'art. 1665 c.c., l'appalto è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio, verso un corrispettivo in danaro.

L'elemento qualificante della nozione civilistica di appalto è dato dunque dalla esecuzione di un'opera o di un servizio da parte di uno dei contraenti che agisce in posizione di autonomia organizzativa ed imprenditoriale e che assume contestualmente il rischio di tale esecuzione. Il codice civile non conosce invece il contratto d'appalto di fornitura di un bene come contratto tipico: l'effetto in termini di fornitura può discendere da una pluralità di schemi contrattuali, quali la compravendita ovvero la locazione, ma anche, ad esempio, la somministrazione.

La rilevata incoerenza tra disciplina del Codice e disciplina civilistica non crea peraltro eccessivi problemi applicativi. La ragione per cui il Codice - e prima ancora le direttive comunitarie - ha voluto definire la fornitura in termini di contratto d'appalto ha un'ori-

gine eminentemente pratica. Si è voluto, indipendentemente dal tipo contrattuale utilizzato, assoggettare le forniture pubbliche alla disciplina specifica dettata dal Codice per i lavori ed i servizi, sia rispetto al momento della scelta del contraente, sia rispetto alla fase dell'esecuzione del contratto.

1.1.2. CARATTERISTICHE

I contratti d'appalto presentano, ai sensi del Codice, le seguenti caratteristiche:

- sono contratti stipulati tra un soggetto pubblico che riveste la qualifica di stazione appaltante o ente aggiudicatore e uno o più operatori economici;
- sono contratti a titolo oneroso;
- sono contratti che necessitano della forma scritta.



I contratti stipulati con un soggetto pubblico devono essere redatti, a pena di nullità, in forma scritta, con esclusione di qualsiasi manifestazione di volontà implicita o desumibile da comportamenti meramente attuativi. Ciò si desume dagli articoli 93 ss. del R.D. 23 maggio 1924, n. 827 e dall'art. 17 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440. A tal proposito, in giurisprudenza è stato osservato come la forma scritta ad substantiam, rappresenti uno strumento insostituibile di garanzia del regolare svolgimento dell'attività negoziale della pubblica amministrazione, nell'interesse sia del soggetto privato sia della stessa amministrazione (Cons. St., sez. VI, 16 dicembre 2009, n. 8076; Cass. Civ., sez. III, 20 agosto 2009, n. 18514).

1.2. Gli appalti di lavori

1.2.1. DEFINIZIONE

Ai sensi dell'art. 3, comma 7, del Codice sono appalti di lavori gli appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l'esecuzione ovve-

ro, previa acquisizione in sede di offerta del progetto definitivo, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, relativamente a lavori o opere rientranti nell'allegato I, oppure, limitatamente alle ipotesi di cui alla parte II, titolo III, capo IV (lavori relativi ad infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi), l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante o dall'ente aggiudicatore, sulla base del progetto preliminare o definitivo posto a base di gara. Il successivo comma 8 precisa che i lavori di cui all'allegato I comprendono le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione, di opere.

Per opera si intende il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica. Le opere comprendono sia quelle che sono il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile, sia quelle di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica.

Tale definizione di appalti di lavori è diversa da quella conosciuta nella legge quadro sui lavori pubblici (ora abrogata dal Codice), essendo ricompresa nella nozione di appalto di lavori non solo l'esecuzione dei medesimi, ma anche la relativa progettazione; come pure vengono ricompresi nella nozione i lavori relativi ad infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi (c.d. grandi opere) affidati a contraente generale.

L'appalto di lavori consiste nella prestazione di un *facere*: la realizzazione di una nuova opera o il compimento di lavori che consistono nella trasformazione o nella modifica strutturale definitiva di opere preesistenti.

1.3. Gli appalti di forniture

1.3.1. DEFINIZIONE

Ai sensi dell'art. 3, comma 9, del Codice sono appalti di forniture gli appalti pubblici diversi da quelli di lavori o di servizi, aventi ad oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti.

L'appalto di forniture consiste in una prestazione di dare ovvero nel mettere a disposizione beni in favore del committente. L'acquisizione dei beni può derivare da una pluralità di operazioni contrattuali, riconducibili in prevalenza, come detto, agli schemi civilistici della compravendita, della locazione o della somministrazione quando ad esempio la fornitura avvenga in più soluzioni.

Si può trattare di beni realizzati in serie e già nella disponibilità del fornitore ovvero di beni realizzati appositamente per la stazione appaltante, conformemente alle specifiche tecniche da essa indicate.

1.4. Gli appalti di servizi

1.4.1. DEFINIZIONE

Ai sensi dell'art. 3, comma 10, sono appalti di servizi gli appalti pubblici diversi da quelli di lavori o di forniture, aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II che risulta suddiviso in due sezioni, A e B. La distinzione è rilevante perché, come meglio si dirà nel prosieguo, per l'affidamento dei servizi di cui all'allegato II A si applica interamente la disciplina del Codice, mentre per l'affidamento dei servizi di cui all'allegato II B la disciplina del Codice trova applicazione soltanto parziale.

L'appalto di servizi consiste nella prestazione di un *facere*, ma quest'ultimo, differentemente dal caso di appalto di lavori, non comporta trasformazione della materia o creazione di una

nuova opera, bensì consiste nell'espletamento di prestazioni, in via esemplificativa indicate nel richiamato allegato II, che determinano un'utilità per il soggetto pubblico committente.



L'AVCP ha affrontato la questione della distinzione tra appalti di servizi ed appalti di lavori a proposito di una procedura di gara aperta avente ad oggetto la manutenzione delle opere di verde sulle strade statali. La stazione appaltante ha ricondotto l'oggetto del contratto all'interno dei servizi e non dei lavori.

Con riferimento al caso di specie, l'AVCP ha affermato che la manutenzione del verde pubblico rientra nell'ambito dei servizi e non in quello dei lavori, tutte le volte in cui l'attività non comporti una modificazione della realtà fisica con l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale (cd. "quid novi") (AVCP, Deliberazione del 6 marzo 2007, n. 72).

1.5. Nomenclatura comunitaria di riferimento e metodi di individuazione

1.5.1. IL VOCABOLARIO COMUNE DEGLI APPALTI: DEFINIZIONI

Ai sensi dell'art. 3, comma 49, del Codice il CPV "Common Procurement Vocabulary" designa la nomenclatura di riferimento per gli appalti pubblici.

Il CPV consiste in un sistema di classificazione unico per la descrizione dell'oggetto degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Il CPV comprende:

- un vocabolario principale che poggia su una struttura ad albero di codici, ai quali corrisponde una denominazione che descrive le forniture, i lavori o servizi;
- un vocabolario supplementare che può essere utilizzato per completare la descrizione

dell'oggetto dell'appalto. Esso è costituito da un codice alfanumerico al quale corrisponde una denominazione che consente di fornire ulteriori dettagli sulla natura o la destinazione specifica dell'oggetto medesimo.

Il CPV è stato introdotto con Regolamento CE n. 2195/2002 del 5 novembre 2002, modificato e aggiornato dal Regolamento CE n. 213/2008 del 4 aprile 2008 al fine di utilizzare la stessa descrizione dei settori merceologici nell'intero ambito comunitario.

1.5.2. LE ALTRE NOMENCLATURE E L'ORDINE DI PREVALENZA

Il CPV si inserisce in un sistema di nomenclature dei beni e dei servizi che prevede:

- il CPA indicante la "Classificazione dei prodotti associati alle attività nella Comunità economica europea";
- il CPC PROV. indicante la "Classificazione centrale dei prodotti" delle Nazioni Unite;
- il NACE indicante la "Nomenclatura statistica delle attività economiche nella Comunità europea";
- l'NC indicante la "Nomenclatura combinata".

Il citato Regolamento CE n. 2195/2002 ha elaborato pertanto tavole di corrispondenza tra le predette nomenclature e la nomenclatura CPV. Il Codice all'art. 3, comma 50, prevede poi che, nel caso di interpretazioni divergenti riguardo il campo di applicazione del Codice medesimo derivanti da eventuali discrepanze tra la nomenclatura CPV e la nomenclatura NACE o tra la nomenclatura CPV e la nomenclatura CPC (versione provvisoria), indicate rispettivamente negli allegati I e II del Codice, avrà la prevalenza rispettivamente la nomenclatura NACE o la nomenclatura CPC.

1.5.3. L'UTILIZZO DEI CODICI CPV

La stazione appaltante deve indicare in ogni bando di gara, oltre alla descrizione dell'oggetto dell'appalto, il relativo CPV di riferimento. A tal fine le pubbliche amministrazioni possono consultare l'elenco dei codici CPV e le tavole di corrispondenza tra i CPV e le altre nomenclature sul sito internet "Système d'information pour les marchés publics" (SIMAP), www.simap.europa.eu.

2. I contratti misti

All'interno di un unico appalto possono essere previste prestazioni eterogenee riconducibili alle diverse tipologie di lavori, servizi e forniture. Pur presentando dunque il contratto una natura mista, ciò non esclude, ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile alla singola procedura, la necessità in capo alla stazione appaltante di ricondurre tali ipotesi ad una delle tre tipologie previste dal Codice.

L'individuazione corretta della tipologia di appalto ha importanza in considerazione:

- delle differenti soglie di rilevanza comunitaria per appalti di lavori, servizi e forniture;



Un appalto del valore di tre milioni di euro se qualificato di lavori sarà considerato un appalto "sotto soglia comunitaria" e se qualificato di servizi o forniture sarà considerato un appalto "sopra soglia comunitaria". Posto che la disciplina di gara di un appalto avente rilevanza comunitaria è diversa da quella di un appalto sottosoglia comunitaria, qualificare un appalto di servizi o di forniture quale appalto di lavori porterebbe ad un'elusione della normativa.

- delle diverse modalità con le quali un operatore economico può dimostrare la propria qualificazione e la capacità necessaria in rela-

- zione agli appalti di lavori, servizi e forniture;
- della diversa disciplina relativa all'esecuzione del contratto di appalto di lavori o di servizi e forniture.

Il Codice infatti stabilisce che l'affidamento di un contratto misto non può avere come conseguenza di limitare o escludere l'applicazione delle pertinenti norme comunitarie relative all'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture anche se non costituiscono l'oggetto principale del contratto ovvero di limitare o distorcere la concorrenza (art. 14, comma 4, del Codice).

2.1. I criteri di identificazione degli appalti misti

L'art. 14 del Codice stabilisce le regole per identificare un appalto misto come appalto di lavori o di servizi o di forniture. Al comma 2 viene stabilito che:

- a) un contratto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un "appalto pubblico di forniture";
- b) un contratto pubblico avente per oggetto prodotti e servizi di cui all'allegato II è considerato un "appalto pubblico di servizi" quando il valore dei servizi superi quello dei prodotti oggetto dell'appalto;
- c) un contratto pubblico avente per oggetto dei servizi di cui all'allegato II e che preveda attività ai sensi dell'allegato I (ossia lavori) solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto è considerato un "appalto pubblico di servizi".

Il successivo comma 3 del citato art. 14 stabilisce peraltro che "ai fini dell'applicazione del comma 2, l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio

rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscono l'oggetto principale del contratto”.

2.2. L'applicazione in concreto dei criteri

Dalle disposizioni sopra richiamate emerge che:

- in caso di un contratto misto di servizi e forniture, al fine di qualificare l'appalto si dovrà applicare un criterio di prevalenza economica (anche definito come criterio quantitativo); l'appalto sarà considerato di servizi se il valore di questi è superiore alla fornitura di prodotti; viceversa sarà considerato di forniture se il valore dei servizi è inferiore a quello della fornitura;
- in caso di un contratto misto rispettivamente di lavori e forniture o di lavori e servizi, al fine di qualificare l'appalto si dovrà applicare il criterio di prevalenza economica mitigato però con quello della accessorialità (anche definito come criterio qualitativo). Il contratto misto sarà considerato di lavori se l'importo dei medesimi assume rilievo superiore al 50 per cento rispetto alle forniture e ai servizi; tuttavia se i lavori rivestano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscono l'oggetto principale del contratto, allora l'appalto sarà considerato rispettivamente di servizi o forniture indipendentemente dal valore economico dei lavori accessori.



Dal punto di vista operativo, in presenza di un contratto misto, è importante verificare l'accessorialità o meno della componente lavori. Una volta accertata tale accessorialità è del tutto irrilevante procedere ad ulteriori indagini sul valore dei servizi o delle forniture. Viceversa nell'ipotesi in cui tale accessorialità non sussista, diventa indispensabile ripartire il valore economico dell'appalto sulle rispettive componenti, con la conseguenza che se l'importo dei lavori è superiore al 50 per cento l'appalto deve essere comunque qualificato come appalto di lavori. Al contrario il mancato raggiungimento di tale soglia comporta la qualificazione dell'appalto in termini di appalto di servizi o forniture. La giurisprudenza peraltro ai fini della individuazione della accessorialità o meno dei lavori ritiene che sia particolarmente utile l'analisi del bando di gara e del capitolato, laddove descrive le prestazioni, le modalità di esecuzione dell'appalto e le finalità che con esso si intendono raggiungere, nonché l'analisi dei requisiti di partecipazione richiesti (Cons. St., sez. V, 30 maggio 2007, n. 2765; TAR Sicilia Palermo, sez. III, 28 dicembre 2006, n. 4155).

Sull'evoluzione normativa in tema di contratti misti

Nel diritto comunitario per i contratti misti aventi ad oggetto anche lavori il criterio per l'individuazione del tipo di appalto e quindi della relativa disciplina era ed è quello della accessorialità. Differentemente il legislatore italiano in passato nella legge quadro sui lavori pubblici aveva previsto che il criterio da utilizzare per qualificare un appalto misto di lavori e forniture o lavori e servizi fosse quello della prevalenza economica. A seguito di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, aperta nel 2001, il legislatore italiano ha modificato l'art. 2 della legge quadro sui lavori pubblici introducendo accanto al criterio della prevalenza economica quello dell'accessorialità, come oggi trasposto nel Codice.



Sono stati impugnati gli atti di una procedura di aggiudicazione di una "fornitura in opera" di un "pacchetto di impermeabilizzazione" di un sottobacino per il deposito di materiali di escavazione dei fondali del porto.

La società ricorrente è stata esclusa dalla procedura di gara per non aver dimostrato il possesso delle capacità tecniche, avendo prodotto l'elenco delle prestazioni eseguite nell'ultimo triennio riferito ad aspetti non attinenti alle forniture, ma ai lavori oggetto dell'appalto.

Il Consiglio di Stato investito dalla questione ha affermato che il contenuto dell'appalto è stato voluto e configurato in termini di appalto di fornitura, atteso che dal punto di vista funzionale, la componente forniture appare assumere rilievo prevalente, nella misura in cui la componente lavori è finalizzata a consentire, senza apparente uso di particolari accorgimenti o sofisticate tecniche edilizie, il corretto espletamento della fornitura stessa, rispetto alla quale l'attività di installazione assume valore servente.

Il Consiglio di Stato ha evinto questi caratteri in primo luogo dalla netta prevalenza del prezzo dei materiali rispetto a quello della mano d'opera. A tal proposito il Giudice ha ritenuto che, quando il divario delle proporzioni è tanto elevato rispetto al criterio legale del 50%, esso evidenzia già di per sé, in assenza di elementi contrari a tale presunzione, l'interesse dell'amministrazione a munirsi principalmente di beni costosi, in quanto particolarmente qualificati sul piano tecnico-funzionale e/o quantitativamente rilevanti. Il Consiglio di Stato ha indicato quale ulteriore elemento di qualificazione dell'appalto la particolarità tecnologica ed innovativa dei materiali e, per converso, la tendenziale semplicità delle prestazioni da eseguire (Cons. St., Sez. II, parere 26 novembre 2008, n. 4125).

2.3. I requisiti di qualificazione negli appalti misti

L'art. 15 del Codice stabilisce che, al fine di partecipare ad una procedura di affidamento di un contratto misto, gli operatori economici interessati debbono dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione e capacità previsti per ciascuna prestazione di lavori, servizi o forniture oggetto dell'appalto.

Pertanto la stazione appaltante, sebbene debba seguire la procedura relativa alla tipologia di appalto individuato come oggetto principale del contratto, dovrà prevedere nella lex specialis di gara specifici requisiti idonei a dimostrare la capacità ad eseguire sia i lavori sia i servizi sia le forniture oggetto dello specifico contratto.

3. Le concessioni

3.1. Definizioni

Il Codice, all'art. 3, opera, a livello definitorio, una distinzione tra concessioni di lavori e concessioni di servizi.

Secondo il comma 11 del suddetto art. 3, le

concessioni di lavori pubblici sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al Codice, l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Ai sensi del successivo comma 12, invece, la concessione di servizi è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo in conformità all'art. 30 del Codice.

Le ipotesi di concessione di lavori e servizi mostrano sostanziali differenze rispetto alle corrispondenti figure di appalto. Ciò che muta è il

contenuto del sinallagma tra le parti: a fronte della realizzazione dell'opera ovvero dell'erogazione del servizio il concessionario si assume infatti il rischio della gestione.

Con riferimento alla concessione di servizi ulteriore differenza rispetto alla figura dell'appalto si rinviene nel diverso soggetto destinatario del servizio che, nella concessione, è generalmente la collettività e non direttamente l'amministrazione.

3.2. La disciplina

La concessione di lavori è disciplinata nel Codice agli artt. 142 ss., mentre alla concessione di servizi non si applicano le disposizioni del Codice, salvo quanto disposto nell'art. 30, a cui l'art. 3, comma 12, fa espresso rinvio.

L'art. 30, comma 3, del Codice, detta quindi le regole che l'amministrazione deve seguire per la scelta del concessionario. Essa deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pub-

blici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.

Nell'ipotesi in cui dunque l'amministrazione intenda affidare ad un concessionario l'erogazione di un servizio dovrà in ogni caso attivare una procedura di gara con tutte le garanzie di tutela per gli operatori economici che derivano dall'applicazione dei sopra richiamati principi. Va ricordato peraltro che, ai sensi dell'art. 30, comma 4, restano salve le discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza (si pensi ad esempio alla disciplina prevista nel D.Lgs. n. 267 del 2000 in tema di servizi pubblici locali).

Resta fermo che nella concessione di servizi la



Una società ha impugnato il provvedimento con cui un Consorzio per lo Sviluppo Industriale ha indetto una gara informale per l'affidamento della concessione in esclusiva dell'utilizzo di una serie di aree per la gestione della pubblicità e della segnaletica di indicazione ed informazione, dolendosi di non esser stata invitata alla gara neanche a seguito di apposita richiesta in tal senso inoltrata all'amministrazione. La ricorrente lamentava, tra l'altro, la violazione, da parte dell'amministrazione della disciplina di cui all'art. 30 del Codice.

Il giudice amministrativo chiamato a pronunciarsi sulla questione ha sostenuto che la gara informale di cui al suddetto art. 30 del Codice, secondo l'opinione preferibile, è caratterizzata da amplissima discrezionalità dell'amministrazione nella fissazione delle regole selettive, con conseguente non soggezione alle regole interne e comunitarie dell'evidenza pubblica, ferma restando la sola necessità del rispetto dei principi di logicità e parità di trattamento tra i concorrenti. Tale discrezionalità, ad avviso del Collegio, investe a maggior ragione lo stesso momento della scelta delle ditte da invitare alla gara informale. Alla luce di ciò, risultava priva di fondamento la censura con la quale si lamentava l'introduzione di un criterio selettivo basato sull'elemento territoriale della sede dell'impresa concorrente.

Nel caso in cui l'amministrazione abbia invitato ad una gara informale per l'affidamento di una concessione un numero di ditte molto superiore a quello previsto dall'art. 30 del Codice, tale scelta è legittima in quanto il numero di cinque imprese indicato nella norma corrisponde al numero minimo dei concorrenti da coinvolgere nella gara, ma non esclude affatto che i partecipanti siano in numero superiore, qualora la natura dei servizi da affidare in concessione e le caratteristiche del mercato di riferimento siano tali da suggerire un allargamento del confronto concorrenziale (TAR Puglia Bari, sez. I, 21 novembre 2007, n. 2768).

controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Peraltro, ai sensi dell'art. 30, comma 2, il rischio assunto dal concessionario relativamente alla gestione del servizio potrà essere attenuato attraverso la fissazione in sede di gara di un prezzo, quando al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare. Ai sensi dell'art. 30, comma 5, rimangono peraltro salve, purché conformi ai principi dell'ordinamento comunitario, le discipline specifiche che prevedono, in luogo delle concessione di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici. Si tratta in particolare della disciplina dell'in house providing, a cui si rimanda.



Difficoltà nell'individuazione della disciplina applicabile

Talvolta, ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile, è difficile distinguere tra la concessione di lavori e quella di servizi, in considerazione dell'elemento comune della gestione del servizio, il cui rischio viene trasferito al soggetto concessionario. La giurisprudenza ha a tal proposito affermato che la differenza tra le figure contrattuali in esame va rinvenuta nel tipo di nesso di strumentalità che lega la gestione del servizio alla realizzazione dell'opera; si avrà perciò concessione di costruzione ed esercizio se la gestione del servizio è strumentale alla costruzione dell'opera, in quanto diretta a consentire il reperimento dei mezzi fi-

nanziari necessari alla realizzazione, mentre si versa in tema di concessione di servizi pubblici quando l'espletamento dei lavori è strumentale, sotto i profili della manutenzione, del restauro e dell'implementazione, alla gestione di un servizio pubblico il cui funzionamento è già assicurato da un'opera esistente (Cons. St., sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600).

4. I contratti sopra e sotto soglia comunitaria

Il Codice prevede discipline differenti a seconda che un contratto si collochi, in base al suo valore, al di sopra o al di sotto di una determinata soglia.

Tale soglia, diversamente indicata per lavori, servizi o forniture, conferisce o meno agli appalti una rilevanza in ambito comunitario.

L'art. 28 del Codice individua per i settori ordinari le predette soglie definendo il valore economico stimato di un contratto pubblico al netto dell'imposta sul valore aggiunto (cfr. Tabella seguente).



Le soglie sono soggette a revisione periodica da parte della Commissione Europea e sono direttamente applicabili a decorrere dalla scadenza del termine ultimo prescritto per il recepimento nel diritto interno. L'ultima modifica in tal senso è intervenuta con il Regolamento CE 1177/2009 del 30 novembre 2009.

Soglie comunitarie in vigore dal 01/01/2010 (Regolamento CE1177/2009 del 30/11/2009)

AMMINISTRAZIONI CENTRALI - ALLEGATO IV (IMPORTI I.V.A. ESCLUSA)	
Forniture	€ 125.000
Servizi	
Servizi categorie 5 e 8 Allegato IIA	€ 193.000
Servizi Allegato IIB	
Lavori	€ 4.845.000

AMMINISTRAZIONI NON CENTRALI (IMPORTI I.V.A. ESCLUSA)

Forniture	
Servizi	
Servizi categorie 5 e 8 Allegato IIA	€ 193.000
Servizi Allegato IIB	
Lavori	€ 4.845.000

Per l'affidamento dei contratti di rilevanza comunitaria si applicano i principi e le norme del Codice di diretta derivazione comunitaria. In particolare per gli appalti di servizi e forniture nei settori ordinari la disciplina di gara è contenuta nella Parte II, Titolo I. Per l'affidamento dei contratti non aventi rilevanza comunitaria, ovvero quelli il cui valore è inferiore alla soglia predetta, la disciplina di gara è contenuta nella Parte II, Titolo II, (artt. da 121 a 125 del Codice). Tuttavia, occorre sin da subito precisare, che l'art. 121 del Codice prevede espressamente che ai medesimi contratti siano comunque applicabili sia le norme riguardanti i principi e le disposizioni comuni sia le norme riguardanti il contenzioso, sia le norme relative alla disciplina dei contratti di rilevanza comunitaria, se non espressamente derogate dalle disposizioni previste agli articoli da 122 a 125 del Codice.

5. Il metodo di calcolo del valore stimato dei contratti pubblici

L'art. 29 del Codice disciplina le modalità di calcolo del valore dei contratti pubblici. Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico, ai sensi del comma 9 dell'art. 29 del Codice, non può essere fatto con l'intenzione di escludere lo stesso dal campo di applicazione delle norme dettate per gli appalti di rilevanza comunitaria.

In primo luogo quindi il suddetto calcolo deve tenere conto dell'importo massimo stimato, comprensivo dell'eventuale opzione di rinnovo del contratto. L'art. 29, comma 4, prevede il divieto

di frazionamento dell'appalto al fine di escludere l'applicazione della disciplina ad esso pertinente. Il divieto di frazionamento trova ulteriore specificazione nei successivi commi 7 ed 8 dell'art. 29, ove è stabilita la regola generale che quando il valore cumulato dei lotti è pari o superiore alle soglie di cui all'art. 28, le norme dettate per i contratti di rilevanza comunitaria si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto.

Tale disposizione è passibile peraltro di deroga per i lotti il cui valore stimato al netto dell'IVA sia inferiore a ottantamila euro per i servizi o a un milione di euro per i lavori, purché il valore cumulato di tali lotti non superi il 20% del valore complessivo di tutti i lotti.

Il comma 9 disciplina gli appalti pubblici di forniture aventi per oggetto la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto di prodotti; il successivo comma 10 disciplina le ipotesi in cui gli appalti pubblici di forniture o di servizi presentano carattere di regolarità o sono destinati ad essere rinnovati entro un determinato periodo; il comma 12 detta regole per specifiche tipologie di appalti di servizi; il comma 13 nelle fattispecie di accordi quadro e per i sistemi dinamici di acquisizione. Il calcolo del valore stimato di un appalto misto di servizi e forniture si fonda sul valore totale dei servizi e delle forniture, prescindendo dalle rispettive quote. Tale calcolo comprende il valore delle operazioni di posa e di installazione.

5.1. La questione del calcolo della soglia comunitaria nelle ipotesi di procedura negoziata ex art. 57, comma 3, lett. b), ed ex art. 57, comma 5, lett. b)

Relativamente ai contratti di servizi e forniture le stazioni appaltanti possono utilizzare una procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando di gara, per l'affidamento di nuovi servizi o forniture consistenti rispet-

tivamente nella ripetizione di servizi analoghi (art. 57, comma 5, lett. b) o forniture complementari (art. 57, comma 3, lett. b), già affidati all'operatore economico aggiudicatario di un contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante.

Affinché la stazione appaltante possa avvalersi della procedura negoziata occorrerà che nella fase dell'affidamento del primo appalto, tramite un'ordinaria procedura ad evidenza pubblica, la stessa, ai fini del calcolo del valore del contratto, tenga conto anche del valore dei nuovi servizi o delle nuove forniture, che ipoteticamente potrebbe affidare, nei tre anni successivi, con procedura negoziata, allo stesso operatore economico affidatario del primo contratto. Lo scopo della disposizione è di evitare l'elusione della procedura di gara comunitaria per un appalto il cui valore invece supera la soglia di rilevanza comunitaria.

Le eccezioni all'applicazione del Codice (Alberto Zito)

1. Gli appalti esclusi

1.1. I principi e la classificazione

Il Titolo II della Parte I del Codice elenca una serie di fattispecie per le quali vige un regime derogatorio rispetto alle norme ed ai principi contenuti nel Codice medesimo. In particolare negli articoli da 16 a 27 vengono individuati espressamente i casi in cui il ricorso alla schema della gara (sopra soglia comunitaria) diviene in parte non applicabile. Al fine di inquadrare le esclusioni in argomento, si rende necessario preventivamente proporre una rilettura organica del testo normativo (dalla norma di chiusura ai casi specifici).

L'art. 27 fornisce:

- a) i principi cui le stazioni appaltanti sono chiamati ad attenersi, inderogabilmente, ogni qualvolta intendano procedere all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture esclusi:
- economicità (subordinata eventualmente ad esigenze di carattere sociale, ambientale ed alla promozione dello sviluppo sostenibile – art. 2 comma 2);
 - efficienza;
 - imparzialità;
 - parità di trattamento;
 - trasparenza;
 - proporzionalità;
- b) le modalità di svolgimento delle procedure:
- l'invito di un numero di concorrenti pari almeno a cinque, se compatibile con l'oggetto del contratto e quindi con il mercato di riferimento;
 - il rispetto del Codice Civile e della legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo;
 - la previsione di concedere alle imprese partecipanti facoltà di subappalto (e relativi

condizioni di ammissibilità, in aderenza all'art. 118 del Codice).



Se l'amministrazione adotta la procedura prevista per gli appalti non esclusi

Nella prassi, molte stazioni appaltanti, nei settori esclusi e negli appalti di servizi esclusi (ad esempio la ristorazione – c.d. catering) con elevati volumi finanziari adottano per l'individuazione del contraente le procedure tipiche degli appalti sopra soglia comunitaria. E' corretto un simile operato? La risposta è sicuramente positiva.

In effetti tale prassi si ispira ai principi forniti dalla Circolare interpretativa della Commissione Europea 2006/C179/02 del 01.08.2006, la quale richiama all'applicazione, in virtù dei principi del Trattato: a) della procedura ordinaria una volta valutata l'importanza ed il valore dell'appalto, anche in ottica transfrontaliera; b) di adeguate forme di pubblicità pre e post gara.

Le numerose fattispecie contrattuali escluse (parzialmente o completamente) dall'applicazione del Codice, possono essere così descritte:

- contratti ad oggetto bellico (art. 16);
- contratti ed appalti di servizi esclusi (artt. 19 e 20);
- contratti relativi a settori economici espressamente individuati: telecomunicazioni, autotrasporto mediante autobus, acquisti di acqua, energia e combustibili (artt. 22, 23 e 25);
- contratti aventi ad oggetto norme internazionali (art. 18);
- contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza (art. 17);
- contratti di sponsorizzazione (art. 26).

Stante le finalità di questa Guida verranno esaminati i contratti e gli appalti di servizi esclusi in quanto stipulabili dalla generalità dei soggetti tenuti all'applicazione del Codice ed i contratti segreti dal momento che, seppure stipulabili

da determinati istituzioni o amministrazioni, risultano di interesse per la Presidenza del Consiglio dei Ministri in ragione del ruolo istituzionale rivestito.



Molteplici sono le ragioni delle esclusioni previste dal Titolo II del Codice.

A titolo esemplificativo si può ricordare che: a) nei settori dell'acqua, dell'energia e dei combustibili si rinvengono dinamiche interne non concorrenziali legate a fattori di natura tecnica ed a monopoli naturali; b) nei settori delle telecomunicazioni e del trasporto pubblico si è passati da regimi concessori (diritti speciali) in capo alle amministrazioni aggiudicatrici a situazioni di libera concorrenza con assenza talora di distorsioni; c) nel settore della difesa emerge che gli appalti sono funzionali a scopi prettamente e spiccatamente militari.

1.2. Contratti di servizi esclusi ed appalti di servizi elencati nell'allegato IIB

Il Codice, nel trattare la materia dei servizi esclusi, elenca contemporaneamente, nel medesimo art. 20, da un lato le tipologie di servizi (allegato II A) sottoposte alla disciplina ordinaria (senza deroghe), e dall'altro (allegato II B) le ulteriori tipologie per le quali, di contro, vige un regime di applicazione attenuato.

L'allegato II B raggruppa i servizi (ordinati per categoria/denominazione/CPV) per i quali le stazioni appaltanti, comunque in aderenza ai principi dell'art. 27, sono tenute al rispetto delle due seguenti condizioni:

- redazione delle specifiche tecniche del contratto;
- obblighi di pubblicità a procedure di affidamento concluse.

Per i contratti di servizi misti di cui all'art. 21, ovvero relativi a prestazioni comprese in entrambi gli allegati (es. servizi informatici – II A e servi-

zi sanitari – II B), si procede secondo il criterio della prevalenza del valore economico (al netto dell'imposta sul valore aggiunto), con conseguente utilizzo del regime ordinario o derogatorio. Infine, in aggiunta alle tipologie elencate nell'allegato II B, il Codice individua, all'art. 19 comma 1, ulteriori cinque fattispecie di contratti di servizi esclusi dall'applicazione dello stesso:

- acquisto/locazione di terreni, fabbricati esistenti, o altri beni immobili o diritti su tali beni (indipendentemente dalle modalità finanziarie e dai contratti di servizi finanziari utilizzati che rientrano comunque nel campo di applicazione a prescindere dal momento di conclusione delle predette operazioni di acquisto/locazione);
- servizi d'arbitrato e di conciliazione;
- servizi finanziari per emissione/acquisto/ vendita/trasferimento di titoli o altri strumenti finanziari (in particolare le operazioni di approvvigionamento in denaro o capitale delle stazioni appaltanti, nonché i servizi forniti dalla Banca d'Italia);
- contratti di lavoro;
- servizi di ricerca e sviluppo (i cui esiti non saranno utilizzati dalla stazione appaltante per i propri fini) interamente retribuiti dall'amministrazione.

Tra le esclusioni elencate nell'art. 19, il contratto di locazione di beni immobili o terreni merita un approfondimento.

Il Codice introduce tra i c.d. servizi esclusi la categoria dei contratti di locazione senza specificare la tipologia di locazione, attiva (concessione) o passiva (acquisizione), cui fare riferimento. Giova segnalare che il principio fondamentale dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, in questo settore escluso, è contenuto nell'art. 3 del R.D. n. 2440 del 1923, il quale prevede che ogni contratto da cui derivi un'entrata o una

spesa deve essere preceduto da una gara, salvo che non ricorrano le ipotesi eccezionali in cui è possibile fare ricorso alla procedura negoziata. Tra i contratti in questione rientrano anche quelli di locazioni di immobili e terreni, perché da essi derivano spese ed entrate. Infatti si ritiene che l'art. 36 del R.D. n. 827 del 1924 sia applicabile a tutte le fattispecie in cui l'amministrazione non si presenta nella sua veste autoritativa per acquisire utilità da parte dei privati. Da ultimo si rammenta, inoltre, che:

- la locazione di immobili di proprietà dell'amministrazione è disciplinata dal D.P.R. n. 296 del 2005;
- la legge finanziaria del 2010 (art. 2, comma 222, della legge n. 191 del 2009) ha previsto l'obbligo di stipula dei contratti di affitto passivi a cura delle competenti Agenzie del Demanio per tutte le amministrazioni dello Stato compresa la Presidenza del Consiglio dei Ministri, lasciando in capo a queste ultime comunque la fase dell'istruttoria.



Il contratto di affitto attivo senza gara

Viene impugnata la locazione senza gara di un locale comunale destinato alla somministrazione di cibi e bevande per violazione delle regole e dei principi in materia di evidenza pubblica.

Il Tar adito ha ritenuto non corretto il modus operandi del Comune in quanto, anche in assenza di specifica disposizione normativa che imponga l'adozione di procedure concorrenziali per la selezione del contraente privato per la locazione di immobili, resta ferma la necessità per l'amministrazione di espletare, in base ai principi fondamentali del diritto comunitario direttamente applicabili nel diritto interno, idonea gara, nonché osservare i fondamentali canoni della trasparenza, dell'imparzialità e della par condicio (TAR Abruzzo Pescara, 5 maggio 2008, n. 878).

Il secondo comma dell'art. 19, infine, individua un'ulteriore categoria di contratti di servizi esclusi dall'applicazione del Codice in quanto affidati a soggetti in base ad un diritto esclusivo di cui l'ente committente beneficia. Per tali servizi è pertanto previsto un regime di affidamento diretto (senza gara formale o informale) al ricorrere contemporaneo dei seguenti presupposti:

- stazione appaltante con natura soggettiva di amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore;
- soggetto aggiudicatario con natura di amministrazione aggiudicatrice;
- esistenza di un diritto esclusivo attribuito da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative (quest'ultime conosciute o conoscibili e compatibili con il Trattato).



L'ipotesi normativa appena esaminata si distingue dalla delegazione interorganica (definita in house providing). Si è in presenza di una delegazione interorganica allorquando tra l'amministrazione aggiudicatrice ed il soggetto destinatario di affidamento diretto non sussista un rapporto di terzietà, essendo tale ultimo soggetto ente strumentale dell'amministrazione stessa. Un'ulteriore schematizzazione può essere utile al fine di individuare le principali differenze, riconosciute dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, tra le due fattispecie (diritti esclusivi e in house providing).

TABELLA

	DIRITTI ESCLUSIVI	DELEGAZIONE INTERORGANICA
Ambito oggettivo	Contratto di servizi	Contratto di lavori/ servizi/forniture
Norma applicabile	In deroga al Codice	Il Codice non trova applicazione
Ambito soggettivo	Due distinte amministrazioni	Persona giuridica unitaria
Rapporti tra amministrazioni	Inesistenza di rapporti di controllo/collegamento	Esistenza di rapporto organico/situazione di controllo analogo
Denominazione	Contratto di appalto (sinallagma) a titolo oneroso	Delega di funzioni

1.3. Gli appalti segretiati

Gli appalti aggiudicati secondo particolari regimi ed esclusi dal campo di applicazione del Codice riguardano i contratti di lavori, servizi e forniture la cui stipulazione avviene, senza procedura di gara ordinaria, sulla base di:

- esigenze connesse alla segretezza dell'oggetto del contratto - art. 17;
- norme internazionali (accordi o procedure particolari) - art. 18;
- sponsorizzazioni - art. 26.

È opportuno svolgere qualche approfondimento sulla fattispecie di cui all'art. 17 del Codice concernente i c.d. appalti segretiati ovvero la cui aggiudicazione e relativa pubblicità risulta essere sottratta al normale ambito di conoscibilità del mercato per esigenze connesse alla tutela del segreto di Stato o perché sono richieste particolari misure di sicurezza durante l'esecuzione del contratto.

La disposizione, rispetto all'abrogata disciplina, si applica oggi anche ai contratti di servizi e forniture.

Il Codice prescrive che nei casi in cui sono richieste misure speciali di sicurezza o di segretezza o quando lo esiga la protezione degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato, gli appalti di opere, servizi e forniture, possono essere eseguiti in deroga alle disposizioni relative alla pubblicità delle procedure di affidamento, qualora destinati esclusivamente all'attività:

- della Banca d'Italia;
- delle forze armate o dei corpi di polizia;
- degli enti aggiudicatori di cui alla parte III (settori speciali);
- dell'amministrazione della giustizia;
- dell'amministrazione finanziaria.

Si evidenzia, tuttavia, come la necessità di adottare speciali misure di sicurezza o di tutelare gli interessi essenziali dello Stato sia circostanza

che possa presentarsi in relazione a lavori, servizi e forniture destinati ad attività di soggetti diversi da quelli elencati dal citato art. 17.

Rispetto ai soggetti ivi previsti, la suddetta disposizione del Codice va interpretata in senso tassativo. Tuttavia, va considerato che, ai sensi della legge 3 agosto 2007, n. 124 (Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto), è possibile l'apposizione del segreto in presenza di esigenze di protezione degli interessi essenziali della sicurezza della Repubblica.



La disciplina del segreto di Stato

Il D.P.C.M. 8 agosto 2008 disciplina i criteri per l'individuazione delle notizie, delle informazioni, dei documenti, degli atti, delle attività, delle cose e dei luoghi suscettibili di essere oggetto di segreto di Stato ed ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare un danno grave ad uno o più dei supremi interessi della Repubblica.

Il segreto di Stato è distinto dalle classifiche di segretezza (in ordine crescente: riservato, riservatissimo, segreto e segretissimo – art. 4 D.P.C.M. 12.06.2009) attribuite dalle amministrazioni per circoscrivere la conoscenza delle circostanze anzidette ai soli soggetti che abbiano necessità di accedervi e siano a ciò abilitati.

Ai fini della valutazione dell'idoneità a recare il danno grave si tiene conto delle conseguenze dirette ed indirette della conoscenza dell'oggetto del segreto da parte di soggetti non autorizzati, sempre che da essa derivi un pericolo attuale e concreto da valutare per ogni singolo caso.

L'apposizione del segreto di Stato è disposta dal Presidente del Consiglio dei Ministri autonomamente, ovvero su richiesta dell'amministrazione competente, tramite il direttore generale del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS).

A tal fine la stazione appaltante dovrà provvedere, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 124 del 2007:

- alla preliminare valutazione dei rischi connessi alla pubblicità dell'appalto con atto dell'autorità politica competente;
- ad inoltrare l'istanza motivata di segretezza all'Ufficio Centrale per la Segretezza (istituito nell'ambito del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza), al fine di ricevere unitamente alla relativa autorizzazione l'elenco delle imprese in possesso del nulla osta di segretezza.

Ai sensi dell'art. 17 del Codice la stazione appaltante dovrà altresì provvedere:

- allo svolgimento di gara informale mediante invito di almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto del contratto e sempre che la negoziazione con più di un operatore economico sia compatibile con le esigenze di segretezza;
- alla stipulazione dell'atto negoziale e alla trasmissione alla Corte dei Conti per la verifica di legittimità.



L'attività negoziale svolta dai servizi di sicurezza (D.I.S., A.I.S.I. ed A.I.S.E.) è disciplinata dal D.P.C.M. del 12 giugno 2009, n. 8.

2. Gli appalti riservati

Il Codice prevede la facoltà in capo alla stazione appaltante di circoscrivere l'ambito soggettivo di partecipazione o di esecuzione dei contratti in favore di particolari categorie di operatori, al fine di tutelare specifiche esigenze di carattere sociale. L'art. 52 del Codice espressamente stabilisce che la stazione appaltante, previa menzione nel bando di gara, fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali, possa:

- riservare la partecipazione alle procedure di

aggiudicazione degli appalti pubblici a lavoratori protetti nel rispetto della normativa vigente in relazione a singoli appalti o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti;

- riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali.

Le particolari esigenze di tutela di categorie protette o svantaggiate determinano dunque una deroga al principio di concorrenza. Ciò in applicazione anche di quanto disposto dall'art. 2, comma 2, del Codice, ove è previsto che il principio di economicità che regola la materia degli appalti pubblici possa risultare subordinato anche a criteri ispirati ad esigenze sociali.

2.1. Definizioni

2.1.1. LE COOPERATIVE SOCIALI

Le cooperative sociali, istituite con legge 8 novembre 1991, n. 381, hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso:

- la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi;
- lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate (invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno ai sensi dell'art. 21 della

legge 26 luglio 1975, n. 354).

In relazione all'affidamento di servizi e forniture le stazioni appaltanti hanno facoltà:

- in caso di appalti sotto soglia comunitaria, di stipulare convenzioni, senza previo espletamento di una gara, con le predette cooperative. Le persone svantaggiate devono costituire almeno il trenta per cento dei lavoratori della cooperativa e, compatibilmente con il loro stato soggettivo, essere socie della cooperativa stessa;
- in caso di appalti sopra soglia, di introdurre una clausola contrattuale, che obblighi l'aggiudicatario all'utilizzo, durante l'esecuzione dell'appalto, di persone svantaggiate.

2.1.2. LE IMPRESE SOCIALI

Le imprese sociali, istituite con il D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155, esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata con il fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale. Tali imprese destinano gli utili e gli avanzi di gestione esclusivamente allo svolgimento dell'attività statutaria o ad incremento del patrimonio.

Possono peraltro acquisire la qualifica di impresa sociale le organizzazioni che esercitano attività di impresa al fine dell'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati o disabili. In questo caso tali lavoratori devono essere in misura non inferiore al trenta per cento dei lavoratori impiegati a qualunque titolo nell'impresa.

2.1.3. I LABORATORI PROTETTI

La natura di laboratorio protetto può essere attribuita ai soggetti giuridici che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata, con la finalità dell'inserimento lavorativo di persone disabili, e che abbiano all'interno del proprio organico una maggioranza di lavo-

ratori disabili, intesi come persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, i portatori di handicap intellettuale e le persone non vedenti e sordomute ai sensi della legge 12 marzo 1999, n. 68 (AVCP, determinazione n. 2 del 23 gennaio 2008).

2.1.4. IL PROGRAMMA DI LAVORO PROTETTO

L'art. 52 del Codice consente alle stazioni appaltanti di riservare l'esecuzione dell'appalto nel contesto di programmi di lavoro protetti, quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta da disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. La fattispecie riguarda dunque la fase dell'esecuzione contrattuale, ove la riserva è giustificata dalla presenza nell'ambito del personale impiegato dal soggetto affidatario di una significativa quota di lavoratori disabili.



L'AVCP, con la determinazione 23 gennaio 2008, n. 2, ha avuto modo di chiarire alcuni aspetti problematici relativi all'art. 52 del Codice ed in particolare quelli relativi al coordinamento tra la suddetta disposizione del Codice e la disciplina dettata dalla legge n. 381 del 1991 in materia di cooperative sociali e imprese sociali.

Innanzitutto viene osservato come la clausola di salvaguardia posta all'inizio dell'art. 52 stia ad indicare che le due discipline si muovano in ambiti distinti.

Peraltro le cooperative sociali (e le imprese sociali) presentano caratteri differenti rispetto ai laboratori protetti (ed ai programmi di lavoro protetti). In particolare: le cooperative sociali impiegano categorie di persone svantaggiate e non solo disabili; la percentuale minima di organico che deve essere costituita dalle persone portatrici di handicap corrisponde al 30% per le cooperative ed al 50% per i laboratori protetti.

Le cooperative sociali possono essere comunque riconosciute come laboratori protetti, avvalendosi della riserva di cui all'art. 52, ogni qualvolta ne posseggano i requisiti, ossia si configurino come soggetti giuridici che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata; perseguano finalità di inserimento lavorativo di persone disabili; la presenza organica nella propria struttura sia di una maggioranza di lavoratori disabili.

Per quanto concerne la riserva a favore dei programmi di lavoro protetto, invece, essa non è fondata sulla qualifica soggettiva dei partecipanti alla gara, bensì sulla previsione di una particolare condizione di svolgimento dell'appalto richiesta imprescindibilmente al futuro aggiudicatario: l'impiego, in numero maggioritario, di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali.

In tal caso la partecipazione alla gara deve intendersi aperta a tutti i soggetti previsti dal Codice, anche privi dei requisiti necessari ai fini del riconoscimento come laboratori protetti.

Gli atti e le attività
preliminari all'espletamento
della procedura
ad evidenza pubblica

Le esigenze della stazione appaltante (Salvatore Dettori)

1. La programmazione dell'approvvigionamento, la stima del fabbisogno e la copertura finanziaria

La programmazione degli acquisti, quale momento preparatorio della successiva fase operativa di approvvigionamento, è trattata dal Codice, per quanto attiene ai settori ordinari di forniture e servizi, esclusivamente nell'art. 11, comma 1, relativo alle fasi delle procedure di affidamento.

Il suddetto comma prescrive che le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici se previsti dal Codice o dalle norme vigenti.

In proposito è opportuno segnalare come l'attività propedeutica di programmazione sia imposta quale obbligo per il settore dei lavori pubblici e ad essa il Codice, all'art. 128, dedichi ampio spazio.

Nel settore delle forniture e dei servizi, di contro, non risultano disposizioni che individuano e disciplinano attività da porre in essere preliminarmente allo svolgimento delle procedure di gara, ad eccezione della determinazione a contrarre di cui si dirà di seguito.

Quanto appena detto pone immediatamente un interrogativo che ha rilevanti risvolti sul piano operativo: l'approvvigionamento nei settori in questione è svincolato da ogni forma di pianificazione?

La risposta deve essere sicuramente negativa. L'attività della pubblica amministrazione volta ad acquisire servizi o forniture non può prescindere infatti da considerazioni di carattere economico e gestionale. Al pari di un'impresa privata, infatti, qualsiasi soggetto pubblico non può fare a meno della programmazione intesa quale insieme preordinato di scelte sistematiche, volte all'efficiente organizzazione

ed al controllo della conseguente attività di gestione.

Da tali considerazioni discende che, anche in relazione alle forniture ed ai servizi, l'attività di pianificazione e di individuazione delle risorse è parimenti necessaria: l'unica differenza rispetto all'attività di programmazione dei lavori pubblici sta nel fatto che per quest'ultima esiste una specifica normativa di riferimento.

Nella materia degli appalti pubblici, la programmazione, sia che venga in rilievo a livello annuale o pluriennale, ha peraltro come comune denominatore quello di essere volta all'individuazione degli obiettivi, alla percezione delle relazioni tra quest'ultimi ed i mezzi economici necessari (stima del fabbisogno) nonché al coordinamento delle attività gestionali nell'arco di tempo individuato.

Dal punto di vista operativo la programmazione si articola nei seguenti passaggi:

1. individuazione dell'obiettivo;
2. individuazione dell'esigenza complessiva e del fabbisogno stimato;
3. stima del costo complessivo per la realizzazione del programma;
4. verifica dello stanziamento sul capitolo di bilancio;
5. definizione del programma dell'acquisto nell'esercizio in corso e differimento del completamento dell'obiettivo agli esercizi successivi;
6. individuazione delle modalità e delle scadenze temporali.

Il quadro sinteticamente delineato attiene prettamente agli atti gestionali. Esso tuttavia ha evidenti riflessi sulle modalità di acquisto di beni e servizi, tali da indirizzare già in questa fase le successive attività di gara. In definitiva l'attività di programmazione non ha soltanto un rilevante valore dal punto di vista della contabilità,

ma anche da quello dell'attività amministrativa di gestione.

Attraverso l'attività di programmazione ogni amministrazione è dunque in grado di:

- analizzare i volumi finanziari degli acquisti (necessari per la redazione dell'avviso o degli avvisi di preinformazione);
- individuare preventivamente le soglie economiche di riferimento;
- scegliere la struttura deputata alla gestione della procedura di gara;
- stimare i costi degli acquisti con riferimento alle caratteristiche merceologiche ed agli standard di qualità (anche mediante indagini di mercato e mediante acquisizioni in economia a titolo di sperimentazione), onde prefigurare la scelta della procedura più aderente al mercato di riferimento;
- orientare l'approvvigionamento verso forme aggregate di acquisto (omogeneizzazione tra settori merceologici), evitando il moltiplicarsi dei costi connessi all'avvio delle procedure, ovvero verso il mercato elettronico/convenzioni attivate dalla Consip S.p.a.;
- individuare preventivamente la necessità della previsione di clausole di ripetizione ex

art. 57 del Codice.

Nel Codice un segnale di favore nei confronti dell'attività di programmazione relativa all'acquisto di beni e servizi si ritrova nelle disposizioni concernenti l'avviso di preinformazione, di cui all'art. 63. Tale articolo, infatti, prevede che le stazioni appaltanti rendono noto il piano degli acquisti futuri per appalti o gruppi di appalti (e ancora per prodotti o gruppi di prodotti e per ciascuna della categorie di servizi dell'allegato II), superiori ad un certo volume economico.

2. La determinazione a contrarre

Terminata l'attività di programmazione, le amministrazioni danno avvio alle procedure di approvvigionamento in conformità alle disposizioni del Codice, secondo quanto disposto nell'art. 11. Quest'ultimo, al comma 2, prescrive tassativamente che la decisione di attivare la procedura di acquisto sia affidata ad uno specifico atto, la determinazione a contrarre, con cui vengono individuati, mediante decretazione del dirigente secondo gli ordinamenti interni e le deleghe affidate in materia di livelli di spesa:

- gli elementi essenziali del contratto;



La Circolare del MEF sul fabbisogno di beni e servizi

La legge finanziaria 2008 (art. 2, comma 569) ha previsto, a decorrere dallo stesso anno, la rilevazione della previsione annuale dei fabbisogni per beni e servizi delle amministrazioni statali, centrali e periferiche.

La rilevazione della previsione annuale dei fabbisogni è effettuata dal 2009 nell'ambito del Sistema del Ciclo degli Acquisti Integrato (SCAI).

Si tratta di un nuovo sistema realizzato dalla Ragioneria Generale dello Stato, integrato con il sistema di contabilità finanziaria ed economico - patrimoniale analitica delle amministrazioni (SICOGE) e collegato al Sistema Acquistinretepa.

La previsione annuale dei fabbisogni (espressa a livello di Centri di responsabilità amministrativa) è riferita alla totalità dei beni e servizi da acquistare: solo i contratti esclusi dall'ambito di applicazione del Codice non sono oggetto della suddetta previsione.

Il testo integrale e le disposizioni di dettaglio sono reperibili su www.rgs.mef.gov.

- i criteri di selezione degli operatori economici;
- i criteri di selezione delle offerte.

Quanto detto vale con riferimento a tutte le fattispecie e modalità di acquisto previste, sopra e sotto soglia comunitaria, ovvero procedura aperta, ristretta, negoziata, accordo quadro, dialogo competitivo, sistema dinamico di acquisizione e affidamenti in economia.

Prima di esaminare la norma in argomento, appare opportuno evidenziare quale relazione intercorra tra la determinazione a contrarre e l'intero procedimento di affidamento del contratto (dalla pubblicazione del bando - ove previsto - alla pubblicazione dei risultati di gara).

La determinazione a contrarre rappresenta l'asse portante su cui ruoterà l'agire della stazione appaltante con particolare riferimento all'oggetto del contratto da aggiudicare.

Da ciò discende che la volontà di attivare le procedure tipiche dell'evidenza pubblica deve essere rinvenibile in una decisione (formale), necessariamente ed obbligatoriamente riferita ai profili operativi dell'attività, con la quale la stazione appaltante avvia il procedimento di acquisto in attuazione degli obiettivi programmati.

Per quanto riguarda l'analisi del contenuto della determinazione a contrarre, l'art. 11, comma 2, prescrive esclusivamente gli elementi essenziali per la redazione del documento, lasciando in tal senso alla stazione appaltante ampio margine di discrezionalità nella predisposizione del contenuto.

Appare peraltro opportuno che la stazione appaltante predisponga una determinazione a contrarre quanto più possibile dettagliata e completa, nella quale risultino individuati tutti gli elementi e gli atti necessari per la procedura di acquisto.

In tal senso, ipotizzando il caso di un approvvigionamento mediante procedura aperta, la determinazione a contrarre dovrà contenere:

- l'oggetto dell'appalto, il valore economico complessivo presunto e l'eventuale suddivisione in lotti;
- la copertura finanziaria sul corrispondente capitolo ed il programma di bilancio in relazione all'appalto (piano impiego fondi);
- la durata dell'appalto (con previsione di facoltà di rinnovi ex art. 57);
- la preliminare definizione delle caratteristiche tecniche del bene o delle modalità di svolgimento del servizio;
- l'indicazione della procedura individuata per l'aggiudicazione;
- la motivazione a sostegno della tipologia di procedura (bene o servizio altamente standardizzato e presenza di un congruo numero di potenziali concorrenti);
- l'individuazione delle tre tipologie di requisiti minimi dei concorrenti:
 1. soggettivi (art. 38);
 2. economico-finanziari (art. 41);
 3. tecnici (art. 42);
- la scelta del metodo di aggiudicazione: prezzo più basso o offerta economicamente più van-



La determinazione a contrarre e gli operatori economici

La determinazione a contrarre, quale atto preparatorio, è di per sé inidonea a far sorgere posizioni giuridiche tutelabili in capo ai terzi, atteso che produce effetti nei confronti degli operatori economici solo se seguita da atti amministrativi a rilevanza esterna, quali sono, in via esemplificativa, i bandi di gara nelle procedure aperte e gli inviti a offrire nelle procedure negoziate o nei cottimi fiduciari.

- taggiosa (in quest'ultimo caso con la definizione dei punteggi e del metodo di calcolo);
- l'individuazione del responsabile del procedimento;
 - la scansione temporale della procedura.



La determinazione a contrarre e i controlli di merito e legittimità

Giova anticipare brevemente quanto si dirà in tema di controlli degli uffici preposti dell'amministrazione, della Ragioneria Generale dello Stato (e i suoi Uffici Centrali per il Bilancio) e della Corte dei Conti.

Le attività di competenza di questi soggetti, controllo di legittimità e di merito, prendono avvio proprio dall'analisi della determinazione a contrarre per quanto attiene agli aspetti prettamente amministrativi della stessa e per la rispondenza ai requisiti di legge delle procedure di approvvigionamento.

L'atto preliminare in questione è trasmesso unitamente alla documentazione (bando di gara, invito ad offrire, ecc.) inerente il contratto stipulato, quale parametro e riferimento di tutte le attività avviate e poi concluse.

La centralità della determinazione a contrarre nell'intero procedimento di acquisizione appare evidente alla luce degli elementi sopra richiamati nonché dei presupposti normativi in ragione dei quali l'amministrazione realizza l'intervento.

È in questa sede infatti che si rende necessario:

- individuare il quadro normativo sotteso alla operazione che si intende avviare;
- precisare i vincoli procedurali derivanti dalla normativa applicabile.

3. Le specifiche tecniche, il capitolato speciale e lo schema di contratto

3.1. Le specifiche tecniche

Gli appalti di servizi e forniture richiedono la redazione di specifiche tecniche da parte della stazione appaltante (a cura di un ufficio tecnico o di esperti incaricati nel caso di prestazioni particolarmente complesse), necessarie per:

- la definizione puntuale dell'oggetto dell'approvvigionamento;
- la verifica (intermedia e finale) dell'esecuzione in termini di conformità con le caratteristiche individuate prima dell'avvio della procedura di gara.



Le specifiche tecniche nella normativa comunitaria

Si riporta un estratto del 29° considerando della direttiva comunitaria 18/2004 in tema di specifiche tecniche:

"Le specifiche tecniche fissate dai committenti pubblici dovrebbero permettere l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. A questo scopo deve essere possibile la presentazione di offerte che riflettano la pluralità di soluzioni tecniche. Pertanto le specifiche tecniche devono poter essere fissate in termini di prestazioni e di requisiti funzionali e, in caso di riferimento alla norma europea, o, in mancanza di quest'ultima, alla norma nazionale, le amministrazioni aggiudicatrici devono prendere in considerazione offerte basate su altre soluzioni equivalenti. Per dimostrare l'equivalenza, gli offerenti dovrebbero poter utilizzare qualsiasi mezzo di prova. Le amministrazioni aggiudicatrici, laddove decidano che in un determinato caso l'equivalenza non sussiste, devono poter motivare tale decisione ... Ogni qualvolta ciò sia possibile, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero definire specifiche tecniche in modo da tener conto dei criteri di accessibilità per i portatori di handicap o di una progettazione adeguata per tutti gli utenti. Le specifiche tecniche dovrebbero essere chiaramente indicate, affinché tutti gli offerenti siano al corrente degli aspetti coperti dai requisiti fissati dall'amministrazione aggiudicatrice".



L'art. 68, comma 1, fornisce:

- una definizione sintetica di specifica tecnica operando un rinvio integrale all'allegato VIII, in cui, per quanto attiene al settore delle forniture e dei servizi, alla lettera b), si ritrova un'elencazione unitaria degli elementi caratterizzanti la documentazione tecnica;
- l'indicazione circa la necessaria presenza delle specifiche tecniche tra la documentazione di gara, prevedendo che le stesse siano rese note ai concorrenti con il bando di gara o con il regolamento della gara, con la lettera di invito o con i documenti complementari.

Nell'art. 68 in esame sono peraltro previste sia norme che fissano principi, sia norme di carattere operativo, cui le stazioni appaltanti sono tenute ad attenersi all'atto della formulazione delle specifiche tecniche, (cfr. tabelle 1 e 2).

Nella tabella 2, in particolare, si elencano le modalità operative che il Codice fornisce in tema di redazione delle specifiche tecniche, intese come parametri tecnici cui fare riferimento nell'individuazione delle caratteristiche dell'appalto.

Tali modalità corrispondono a cinque tipi:

- due modalità alternative principali: normative tecniche o requisiti prestazionali/funzionali;
- due modalità di tipo misto, cioè come risultato dell'utilizzo (in un caso) della prima e seconda modalità congiuntamente o (nell'altro caso) della prima per taluni aspetti e della seconda per altri;
- una modalità di tipo accessorio con riferimento alle prescrizioni di tipo ambientale (c.d. appalti verdi).

È vietato indicare nelle specifiche tecniche prodotti specifici

L'art. 68, comma 13, vieta, salvo in casi eccezionali giustificati dall'oggetto dell'appalto, di procedere all'introduzione nelle specifiche tecniche di clausole che richiamino prodotti di determinata fabbricazione, provenienza, processo produttivo (ad esempio un noto marchio commerciale) e brevetti.

L'inserimento di caratteristiche così definite ha come risultato immediato quello di favorire o escludere un determinato fornitore di beni o prestatore di servizi.

Eccezionalmente qualora ci si imbatte in una motivata impossibilità di definire con precisione l'oggetto dell'appalto, secondo le modalità descritte, la menzione di prodotti specifici è autorizzata, se accompagnata dall'espressione "o equivalente", al fine di rendere comprensibile agli offerenti le caratteristiche tecniche del contratto.

In tal caso il richiamo ai prodotti ha funzione meramente descrittiva e non costituisce fattore discriminante per la valutazione delle offerte (Cons. St., Sez. VI, 12 novembre 2009, n. 6997).

Tabella 1 (art. 68, commi 2, 4, 5, 6, 7, 8)



Tabella 2

MODALITÀ PRINCIPALE	Elementi di cui all'allegato VIII espressi come norme tecniche nazionali o internazionali (comma 3, lett. a)
	Prestazioni o requisiti funzionali in grado di definire sufficientemente l'oggetto dell'appalto (comma 3, lett. b)
MODALITÀ MISTE	Prestazioni o requisiti funzionali con riferimento a norme tecniche nazionali o internazionali (comma 3, lett. c)
	Elementi di cui all'allegato VIII per taluni aspetti e riferimento a prestazioni o requisiti funzionali per altri (comma 3, lett. d)
MODALITÀ ACCESSORIA	Caratteristiche ambientali in termini di prestazioni e/o requisiti (commi 9 e 10)

3.1.1. L'INCIDENZA DELLE SPECIFICHE TECNICHE NEGLI ATTI DI GARA

Le prescrizioni tecniche forniscono all'ufficio preposto all'espletamento della procedura di gara gli strumenti utili per lo svolgimento delle attività di gara nelle singole fasi e precisamente:

- a) nella fase preparatoria le specifiche tecniche consentono alla stazione appaltante la determinazione:
- del prezzo da porre a base d'asta, con indicazione analitica delle componenti (costo del lavoro, costi delle materie prime o costi funzionali per lo svolgimento del servizio, costi accessori);
 - della capacità tecnica dei concorrenti, da richiedere come requisito minimo di idoneità;
 - della tipologia del mercato di riferimento in relazione al numero di operatori economici in grado di assicurare la prestazione;
 - della tempistica di consegna nel caso di forniture quale funzione della complessità e

standardizzazione dei beni (bene esistente o da produrre appositamente: ad esempio particolari apparecchiature informatiche o equipaggiamenti per il personale);

- della tempistica di gara nel caso di servizi ove si preveda il sopralluogo presso le strutture della stazione appaltante.
- b) nella fase di gara le specifiche tecniche consentono alla stazione appaltante la valutazione delle offerte:
- sia con riferimento a quanto chiesto nei documenti di gara, quando ai sensi dell'art. 68, commi 4, 5 e 6, gli offerenti forniscono elementi tesi a dimostrare che l'oggetto della propria offerta è conforme a quanto richiesto dalla stazione appaltante;



Nell'ipotesi di aggiudicazione al prezzo più basso si deve escludere in via generale (salvo casi particolari che prevedono la presentazione di documentazione a corredo dell'offerta o campionature preventive) la possibilità di valutare la conformità dei beni o dei servizi rispetto alle specifiche tecniche. In questi casi lo scostamento tra le caratteristiche a base della gara e l'offerta è riscontrabile esclusivamente in sede di esecuzione quale inadempimento contrattuale. In ragione di ciò è necessario che la stazione appaltante ponga particolare attenzione alla formulazione delle clausole contrattuali che consentono la risoluzione e l'acquisto in danno. Resta fermo che ove dall'esame della documentazione fornita dal concorrente si evinca la non conformità ai requisiti tecnici minimi, l'offerta va esclusa già in sede di gara.

- sia con riferimento alla verifica delle offerte sospette di anomalia, attraverso il confronto tra le componenti di costo fornite dall'ufficio tecnico e quelle indicate dall'offerente.



La proposta tecnica migliorativa

Scopo primario e tradizionale delle procedure ad evidenza pubblica applicate ai contratti passivi stipulati dalle amministrazioni è quello di garantire che queste ultime si aggiudichino beni e servizi di migliore qualità ad un minore prezzo (oltreché quello di garantire un corretto confronto concorrenziale tra le imprese offerenti). Deve quindi essere recisamente escluso, in via di principio, che un prodotto migliorativo sotto il profilo tecnico ed economico, possa essere giudicato inadeguato perché non rispettoso delle specifiche tecniche minime poste a riferimento della procedura: ciò configurerebbe una inammissibile aporia e un vulnus alla stessa ratio delle procedure di gara (Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2010, n. 1443).



Il costo del lavoro tra specifiche tecniche e documento rischi

Giova anticipare brevemente quanto si dirà a proposito della relazione tra il Codice e la normativa sulla sicurezza sul lavoro (D.Lgs. n. 81 del 2008) con riferimento alla congruità del costo del lavoro nelle gare d'appalto.

All'atto della predisposizione delle specifiche tecniche è stimato il valore complessivo del bene o del servizio; componente primaria dello stesso è rappresentata dalla voce relativa al costo del lavoro: l'art. 86, comma 3 bis, del Codice impone alle amministrazioni aggiudicatrici di fissare il valore economico dell'appalto posto a base di gara in modo che sia "adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza". Il documento di valutazione dei rischi da interferenze (DUVRI) costituisce elemento della base d'asta collegata dunque alla più ampia voce del costo del personale.

E' dunque necessario, all'atto della definizione dell'oggetto dell'approvvigionamento, definire, contestualmente alla tipologia di prestazione, il documento di valutazione dei rischi da interferenze.

○ Nella fase di stipula e dell'esecuzione le specifiche tecniche consentono alla stazione appaltante:

- l'indicazione nel contratto dei materiali e dei mezzi tecnici da utilizzare, la qualifica del personale da impiegare e la voce complessiva del costo del lavoro;
- la verifica dello svolgimento delle prestazioni pattuite;
- l'individuazione delle modalità delle operazioni di collaudo in aderenza ai metodi di prova indicati.



La non modificabilità delle specifiche tecniche

Alle caratteristiche tecniche dettagliatamente indicate nel capitolato speciale d'appalto (specifiche tecniche) non può attribuirsi un valore meramente indicativo in quanto il concorrente che vi si attenesse pedissequamente, dovendo sostenere un costo più elevato, ne risulterebbe, in definitiva, penalizzato, nel confronto delle offerte economiche, e ciò in palese violazione del principio della par condicio dei partecipanti (TAR Sicilia Palermo, Sez. II, 13 marzo 2007, n. 797).

Pertanto risulta illegittima la clausola di un capitolato speciale che lasci alla stazione appaltante la facoltà di modificare le caratteristiche di svolgimento di un servizio (nel caso di specie il punto di raccolta dei rifiuti oggetto del servizio di ritiro, trasporto e smaltimento di rifiuti pericolosi), in quanto non consente al concorrente alla gara di predeterminare i costi del servizio, rendendo impossibile un'offerta consapevole.

Ed invero la modifica in corso di esecuzione per scelta unilaterale della stazione appaltante del punto di raccolta dei rifiuti, incidendo sull'oggetto della prestazione dedotta in contratto, rende immediatamente indeterminata la prestazione stessa e non computabile il costo futuro del servizio (TAR Lazio Roma, sez. II ter, 30 marzo 2010, n. 5045).

3.2. Il capitolato speciale e lo schema di contratto

Il Codice non disciplina le caratteristiche e le modalità di redazione del capitolato speciale e dello schema di contratto.

Nella prassi i suddetti documenti possono peraltro differenziarsi in relazione alle diverse procedure di gara ed ai relativi criteri di aggiudicazione.

Funzione del capitolato speciale d'appalto è generalmente quella di fornire agli operatori economici, nelle procedure aperte e ristrette, nell'accordo quadro e nel dialogo competitivo, tutti gli elementi essenziali con cui la stazione appaltante individuerà il futuro contraente.

3.2.1. LA STRUTTURA DEL CAPITOLATO SPECIALE

Il capitolato speciale d'appalto deve essere strutturato (per macro elementi) in modo tale da rendere agevole la comprensione dello svolgimento della gara, tendenzialmente secondo la seguente articolazione:

1[^] **PARTE** (introduttiva) - funzione dei diversi atti di gara, definizioni, rinvio al bando di gara e normative applicabili;

2[^] **PARTE** (obiettivo della procedura) - definizione dell'oggetto dell'appalto e rinvio alle specifiche tecniche, requisiti di idoneità, soggetti ammessi, modalità di ammissione alla gara e di dimostrazione dei requisiti;

3[^] **PARTE** (istruzioni di gara) - modalità di presentazione delle offerte e termini, cauzioni e documentazione accessoria;

4[^] **PARTE** (aggiudicazione) - modalità di valutazione delle offerte e di aggiudicazione della gara, tempistica di gara, procedimento di verifica delle offerte anomale;

5[^] **PARTE** (stipula ed esecuzione contrattuale) - termini per la stipulazione, rinvio alle condizioni generali d'oneri, condizioni e spe-

se contrattuali.

3.2.2. LA STRUTTURA DELLO SCHEMA DI CONTRATTO

Lo schema di contratto delinea i diritti e gli obblighi scaturenti dal rapporto che si instaurerà tra stazione appaltante e soggetto esecutore dell'appalto.

Uno schema di contratto è di regola strutturato dal punto di vista dei contenuti come segue:

- premessa: riepilogo dell'iter di aggiudicazione;
- soggetti stipulanti;
- oggetto del contratto e costo delle prestazioni;
- modalità e tempi dell'esecuzione (durata ed eventuali ripetizioni mediante procedura negoziata nel triennio successivo alla stipula), decorrenza dell'efficacia;
- obblighi a carico del contraente (compresi quelli relativi all'esecuzione anticipata) connessi alle prescrizioni tecniche ed al capitolato generale d'oneri;
- garanzie (cauzione e previsione di svincoli progressivi);
- risoluzione;
- controversie;
- domiciliazione;
- valore complessivo del contratto (comprensivo dell'I.V.A.), distinto successivamente per costo del lavoro, costo della sicurezza dell'appalto (non soggetto a ribasso) e costo sicurezza a carico dell'impresa (quest'ultimo variabile in base all'organizzazione di ogni operatore economico).

3.2.3. LA DOCUMENTAZIONE COSTITUENTE LA C.D. LEGGE SPECIALE DELLA GARA E LA TERMINOLOGIA

Da quanto precede risulta evidente che la stazione appaltante nella procedura per l'approvvigionamento di forniture e servizi è tenuta a

predispone una serie di atti. Questi sono di seguito elencati (tra parentesi i termini ritenuti equivalenti):

1. determinazione a contrarre (determina, deliberazione, delibera a contrarre);
2. bando di gara;
3. specifiche tecniche (capitolato tecnico, caratteristiche tecniche);
4. capitolato speciale d'appalto (regolamento di gara, capitolato di gara, disciplinare di gara);
5. capitolato generale d'oneri (capitolato d'oneri, clausole standard di esecuzione);
6. invito ad offrire (lettera d'invito);
7. schema di contratto (capitolato amministrativo).

L'insieme dei documenti sopra elencati (ad eccezione dei punti 1., 5. e 7.) costituisce generalmente la *lex specialis* della gara.



Alcuni esempi di corretta individuazione della documentazione di gara

Lex specialis procedura aperta:

- a) bando di gara;
- b) capitolato speciale d'appalto;
- c) specifiche tecniche.

Lex specialis procedura ristretta, accordo quadro ipotesi n. 1:

- a) bando di gara;
- b) capitolato speciale d'appalto e specifiche tecniche in un unico documento;
- c) invito ad offrire.

Ipotesi n. 2:

(N.B. in questo caso il bando deve contenere gli elementi essenziali per formulare la domanda di partecipazione)

- a) bando di gara;
- b) invito ad offrire, capitolato speciale d'appalto e specifiche tecniche in un unico documento.

Lex specialis procedura negoziata (senza bando):

- a) invito ad offrire

4. Il responsabile del procedimento

4.1. Definizione

Il responsabile del procedimento è un soggetto nominato dalle stazioni appaltanti per ogni singolo appalto, al quale sono attribuiti specifici compiti e funzioni nelle fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione dell'appalto medesimo.

La normativa che disciplina tale figura è contenuta nell'art. 10 del Codice.



Precedentemente all'entrata in vigore del Codice la figura del responsabile del procedimento trovava la sua più compiuta disciplina, sebbene limitatamente alla materia dei lavori pubblici, nella legge n. 109 del 1994 (art. 7) e nel collegato Regolamento di cui al DPR n. 554 del 1999 (artt. 7 e 8).

Fino all'entrata in vigore del nuovo Regolamento previsto dall'art. 5 del Codice le ricordate disposizioni di cui agli artt. 7 e 8 del DPR n. 554 del 1999 si considerano vigenti, naturalmente con prioritario riferimento agli appalti pubblici di lavori.

4.2. Nomina

Il Codice prevede che la stazione appaltante nomini un responsabile unico del procedimento (RUP) ai sensi della legge n. 241 del 1990.

A tal proposito, l'art. 5, comma 1, della suddetta legge prevede la competenza del dirigente di ciascuna unità organizzativa ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all'unità la responsabilità della istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale.

Nella materia degli appalti, la nomina del RUP deve peraltro avvenire per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico: ai sensi dell'art. 10, comma 8, del Codice,

il nominativo del responsabile del procedimento deve infatti essere indicato nel bando o nell'avviso con cui si indice la gara per l'affidamento del contratto di lavori, servizi, forniture ovvero, nelle procedure in cui non vi sia bando o avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta.



La disposizione di cui all'art. 10, comma 1, del Codice, che prevede l'individuazione di un unico responsabile per le fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione dell'appalto è soggetta a deroga per gli appalti nel settore della difesa. L'art. 196, comma 4, del Codice prevede infatti, seppure limitatamente agli appalti pubblici di lavori, che l'amministrazione della difesa, in considerazione della struttura gerarchica dei propri organi tecnici, possa nominare, in luogo di un unico responsabile del procedimento, un responsabile del procedimento per ogni singola fase di svolgimento del processo attuativo: progettazione, affidamento ed esecuzione. Viene altresì precisato che il responsabile unico del procedimento, ovvero i responsabili di ogni singola fase, sono tecnici individuati nell'ambito del Ministero della Difesa e che il responsabile del procedimento per la fase di affidamento può essere un dipendente specializzato in materie giuridico-amministrative.

Va altresì ricordato che, ai sensi dell'art. 4, comma 2, del Codice, l'individuazione dei compiti e dei requisiti del responsabile del procedimento è materia oggetto di competenza concorrente. Da ciò discende che le regioni, nell'esercizio della propria potestà normativa possono legiferare sulla materia, seppure nel rispetto dei principi fondamentali contenuti nelle norme del Codice. Sulla questione è peraltro intervenuta anche la Corte costituzionale, con sentenza 23 novembre 2007, n. 401.

Dalle citate disposizioni di legge si ricava dunque che la stazione appaltante dovrà procedere a nominare il RUP in un momento sicuramente antecedente rispetto a quello della redazione del bando o dell'invito a presentare le offerte.

Tale momento può essere collocato nella fase in cui viene formalizzata l'esigenza in capo alla medesima stazione appaltante di approvvigionarsi di determinati beni o servizi mediante una procedura ad evidenza pubblica. Resta ferma la possibilità di assegnare successivamente la responsabilità procedimentale ad un soggetto diverso da quello originariamente indicato (tale sostituzione, nel caso in cui sia già stata avviata la procedura di gara, dovrà essere comunicata a cura della stazione appaltante a tutti i concorrenti).

Va infine ricordato come, ai sensi dell'art. 10, comma 9, del Codice, le stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni e enti pubblici individuano, secondo i propri ordinamenti, uno o più soggetti cui affidare i compiti propri del responsabile del procedimento, limitatamente al rispetto delle norme del Codice alla cui osservanza sono tenute.

4.3. Requisiti soggettivi

Il Codice, all'art. 10, comma 5, si limita a prevedere, quale requisito per svolgere le funzioni di RUP nella materia degli appalti pubblici, il possesso di un titolo di studio e della competenza adeguati, naturalmente in relazione ai compiti per cui tale soggetto viene nominato. Solo per i lavori ed i servizi attinenti all'ingegneria ed all'architettura viene ulteriormente precisato che il RUP deve essere un tecnico.

Il Codice rimanda al Regolamento la determinazione dei requisiti di professionalità richiesti al responsabile del procedimento, nonché, per i lavori, la determinazione dell'importo massimo e della tipologia per i quali il responsabile del procedimento può coincidere con il progettista. Il Regolamento stabilirà altresì le ipotesi di coincidenza tra responsabile del procedimento e direttore dell'esecuzione del contratto.

Per le amministrazioni aggiudicatrici è previsto che il RUP sia un dipendente di ruolo in possesso di professionalità adeguata, mentre solo in caso di accertata carenza di tale figura, il RUP può essere nominato tra i dipendenti in servizio. Ai sensi dell'art. 10, comma 7, nel caso in cui l'organico delle amministrazioni aggiudicatrici presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del responsabile del procedimento, secondo quanto attestato dal dirigente competente, i compiti di supporto all'attività del responsabile del procedimento possono essere affidati, con le procedure previste dal Codice per l'affidamento di incarichi di servizi, ai soggetti aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico finanziario, amministrativo, organizzativo e legale, che abbiano stipulato adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali.

4.4. Compiti e funzioni

Il RUP svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal Codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti. Il RUP ha dunque il compito di gestire l'intera vicenda procedimentale che riguarda l'appalto, assumendo ogni funzione o compito non espressamente attribuiti ad altri organi e caricandosi dunque delle relative e conseguenti responsabilità. Ciò fa di tale figura un indiscutibile punto di riferimento sia per la stazione appaltante, sia per i concorrenti nella procedura di affidamento e successivamente per l'esecutore dell'appalto.

Nell'art. 10, comma 3, del Codice sono peraltro espressamente indicati solo alcuni dei compiti

assegnati al RUP, che si sommano a quelli specificamente previsti da altre disposizioni del Codice, nonché a quelli che saranno individuati nell'emanando Regolamento.

In particolare il RUP:

- a) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture e della predisposizione dell'avviso di preinformazione;
- b) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria ed ai tempi di realizzazione dei programmi;
- c) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure;
- d) segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi;
- e) accerta la libera disponibilità di aree ed immobili necessari;
- f) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza;
- g) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni;
- h) propone l'indizione o, ove competente, indice la conferenza di servizi, ai sensi della legge n. 241 del 1990, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati.



Ferme restando le disposizioni contenute nell'art. 10 e quelle che saranno previste nel Regolamento, con riferimento alle singole tipologie di appalti, i compiti e le funzioni del RUP sono specificati in numerosi altri articoli del Codice:

- *ai sensi dell'art. 91, comma 2, gli incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo di importo inferiore a 100.000 euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, ai soggetti indicati nell'articolo in esame, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'art. 57, comma 6, con invito rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei;*
- *ai sensi dell'art. 119, comma 1, l'esecuzione dei contratti aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture è diretta dal responsabile del procedimento o da altro soggetto, nei casi e con le modalità stabilite dal Regolamento;*
- *ai sensi dell'art. 125, comma 2, per ogni acquisizione in economia le stazioni appaltanti operano attraverso un RUP; ai sensi del comma 3, nell'amministrazione diretta le acquisizioni sono effettuate con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio delle stazioni appaltanti o eventualmente assunto per l'occasione, sotto la direzione del RUP; ai sensi del comma 7, i fondi necessari per la realizzazione di lavori in economia possono essere anticipati dalla stazione appaltante con mandati intestati al RUP, con obbligo di rendiconto finale; ai sensi del comma 8, per lavori di importo inferiore a quarantamila euro è consentito l'affidamento diretto da parte del RUP; ai sensi del comma 11, per servizi o forniture inferiori a ventimila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del RUP;*
- *ai sensi dell'art. 135, comma 1, qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta l'emanazione di un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per frodi nei riguardi della stazione appaltante, di subappaltatori, di fornitori, di lavoratori o di altri soggetti comunque interessati ai lavori, nonché per violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul*

lavoro, il RUP propone alla stazione appaltante, in relazione allo stato dei lavori e alle eventuali conseguenze nei riguardi delle finalità dell'intervento, di procedere alla risoluzione del contratto;

- *ai sensi dell'art. 136, nelle ipotesi di grave inadempimento nell'esecuzione del contratto, di grave irregolarità o di grave ritardo, il RUP è competente a svolgere una serie di attività fino alla proposta di risoluzione del contratto.*

Tipologie di acquisto di beni e servizi (Teresa Felicetti)

1. La scelta della procedura e dei criteri di selezione delle offerte: analisi costi-benefici e tempistica

1.1. La scelta della procedura di gara

Il Codice, all'art. 54, elenca le procedure per l'affidamento degli appalti pubblici, prevedendo che, per l'individuazione degli operatori economici che possono presentare offerte, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte, ristrette, negoziate, ovvero il dialogo competitivo.

Già dalle disposizioni contenute in tale articolo è possibile individuare dei criteri per la scelta della procedura da seguire per uno specifico affidamento:

- il criterio generale espresso è quello secondo il quale i contratti si aggiudicano mediante procedura aperta o ristretta; tali procedure sono definite procedure ordinarie;
- il dialogo competitivo e le procedure negoziate sono procedure aventi, per un verso, carattere eccezionale, perché è possibile ricorrere alle medesime solo nei casi ed alle condizioni espressamente previste e, per altro verso, facoltativo, perché la stazione appaltante può, ma non deve necessariamente, ricorrere alle medesime.

Occorre poi precisare che gli appalti pubblici possono essere affidati anche mediante la conclusione di accordi quadro o il ricorso a sistemi dinamici di acquisizione, comportanti comunque l'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica aperta o ristretta.

Le stazioni appaltanti poi possono decidere, anziché di porre in essere una propria ed autonoma procedura ad evidenza pubblica, di fare ricorso alle convenzioni della Consip S.p.a. o al mercato elettronico.

La scelta della stazione appaltante dipenderà, oltre che dal ricorrere delle condizioni alle quali

determinate procedure possono essere espletate, anche da un'analisi dei costi e dei benefici relativi a ciascuna procedura, intesi non solo come maggiori o minori oneri economici, ma pure come maggiore o minore impiego di risorse umane e di tempo.

Non si può fare in linea generale ed astratta una oggettiva valutazione della convenienza di una procedura piuttosto che di un'altra: ciò dipenderà dal concreto interesse perseguito di volta in volta dalla stazione appaltante, come si dirà più diffusamente nel prosieguo.

1.1.1. LA SCELTA TRA PROCEDURA APERTA E PROCEDURA RISTRETTA

Nell'ambito delle ordinarie procedure le stazioni appaltanti possono scegliere se indire una procedura aperta o ristretta. Il Codice in proposito fornisce un criterio preferenziale. Stabilisce infatti che le stazioni appaltanti utilizzano di preferenza le procedure ristrette quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione (ciò accade negli appalti di lavori nell'ipotesi in cui la stazione appaltante mette a gara progettazione ed esecuzione) o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 55, comma 2).

Si tratta di un criterio di preferenza che, in quanto tale, non vincola del tutto la stazione appaltante, potendo quest'ultima utilizzare la procedura aperta anche in presenza del criterio di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa. Da ciò consegue che, in linea di massima, per l'affidamento di servizi e forniture vi sono le seguenti opzioni.

Se la stazione appaltante sceglie il criterio dell'aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa:

- deve di preferenza espletare una procedura ristretta;

- può comunque decidere di utilizzare una procedura aperta, ma in tale caso è opportuno fornire al riguardo un'apposita motivazione.

Se la stazione appaltante sceglie come criterio di valutazione delle offerte il massimo basso può ricorrere:

- sia ad una procedura aperta;
- sia ad una procedura ristretta.

Peraltro, come meglio si dirà nei paragrafi successivi, le due procedure nella sostanza non divergono se non per la circostanza che la procedura aperta si svolge in un'unica fase e quella ristretta in due fasi. Il collegamento preferenziale stabilito dal Codice tra aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa e procedura ristretta sembra dunque trovare la propria ratio nella maggiore complessità che caratterizza la gara aggiudicata con tale criterio, nella quale risulta indispensabile individuare i criteri di valutazione e nominare la commissione giudicatrice. In presenza di tale complessità la suddivisione della gara in due distinte fasi (la prima nella quale si valutano le domande di partecipazione ed il possesso dei requisiti al fine di individuare i concorrenti da invitare e la seconda nella quale si valutano le offerte), che caratterizza la procedura ristretta, dovrebbe consentire una migliore gestione della stessa.

Al contrario pare dunque preferibile scegliere la procedura aperta, più snella, quando il criterio di aggiudicazione è quello del massimo ribasso, stante la minore complessità della valutazione delle offerte con tale criterio.



Si sottolinea che la tempistica delle due procedure è però differente.

In linea generale una gara a procedura aperta potrà espletarsi in tempi più brevi di una gara a procedura ristretta.

Tuttavia, come si evidenzierà di seguito, l'urgenza è una delle ipotesi che nella procedura ristretta consente la riduzione dei termini minimi fissati rispettivamente per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte. Nelle procedure aperte, invece, tra le ipotesi di riduzione dei termini non vi è quella dell'urgenza. In caso di urgenza pertanto la scelta di espletare una procedura ristretta con riduzione dei termini può consentire la conclusione della gara in tempi più brevi di quelli necessari in una procedura aperta.

1.1.2. LA SCELTA TRA PROCEDURA ORDINARIA E PROCEDURA NEGOZIATA

Talvolta la stazione appaltante si trova nella condizione di poter scegliere tra il ricorso ad una procedura ordinaria ed il ricorso ad una procedura negoziata. In tale caso la correttezza della scelta dipende dal ricorrere, nella vicenda concreta, di una serie di presupposti e circostanze. Si pensi ad esempio all'ipotesi di procedura negoziata di cui all'art. 57, comma 5, lett. b), che consente, in presenza di determinate circostanze, l'affidamento di nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario di un precedente contratto. In tale caso la stazione appaltante, ove ricorrano le suddette condizioni, deve valutare, nell'esercizio della discrezionalità ad essa attribuita, l'opportunità di scegliere un'ordinaria procedura di affidamento oppure di negoziare con l'originario aggiudicatario le nuove condizioni contrattuali.

Posto che la scelta viene a dipendere da un'analisi di costi-benefici, la stazione appaltante deve valutare una serie di elementi tra i quali:

- la circostanza che, pur all'interno di un quadro di esecuzione del contratto esente da rilievi, la stazione appaltante sia più o meno soddisfatta dei servizi resi dall'originario aggiudicatario (nel primo caso avrà interesse ad affidare allo stesso i nuovi servizi; nel secondo caso avrà interesse ad espletare una nuova

- gara con chance di individuare un soggetto che meglio soddisfi le proprie esigenze);
- il prezzo del servizio sul mercato (se è di molto diminuito converrà indire un'ordinaria procedura e rimettere l'appalto in concorrenza, altrimenti converrà negoziare con l'originario affidatario, con conseguente risparmio dei costi necessari per lo svolgimento di una nuova procedura di gara ordinaria);
 - le innovazioni di processo e di prodotto eventualmente intervenute in relazione al servizio in presenza delle quali converrà indire una nuova procedura di gara, con la quale chiedere nuove e diverse specifiche tecniche.



La scelta della procedura e la sua sindacabilità

Con riguardo alla scelta tra procedura ordinaria e procedura negoziata, la giurisprudenza ha precisato che, qualora una stazione appaltante decida di ricorrere ad una procedura negoziata, senza che vi siano le condizioni ed i presupposti tassativamente previsti dalla legge, un'impresa operante nel settore economico cui affrisce l'oggetto dell'affidamento è titolare di un interesse qualificato e tutelato a contestare la scelta della stazione appaltante di ricorrere alla procedura negoziata. In tal caso la scelta può essere contestata in sede giurisdizionale ed in caso di soccombenza la stazione appaltante dovrà, in ossequio alle previsioni normative interne e comunitarie, indire una procedura ad evidenza pubblica aperta o ristretta (TAR Lazio Roma, Sez. II ter, 12 maggio 2008, n. 3886; Cons. St., Sez. V, 16 ottobre 2006, n. 6151; Cons. St., Sez. IV, 5 aprile 2006, n. 1789).

Qualora invece la stazione appaltante decida di non ricorrere ad una procedura negoziata, la scelta, anche in presenza delle condizioni e dei presupposti tassativamente previsti dalla normativa, non è censurabile, atteso che non può predicarsi in capo all'amministra-

zione l'esistenza di un obbligo giuridico di procedere alla procedura negoziata. (Cons. St., Sez. V, 28 settembre 2009, n. 5808).

1.1.3. LA SCELTA TRA PROCEDURE ORDINARIE (APERTA O RISTRETTA) E L'ADESIONE ALLE CONVENZIONI CONSIG

L'amministrazione pubblica ha facoltà di reperire forniture e servizi tramite l'adesione alle Convenzioni stipulate dalla Consip S.p.a.

Al fine di scegliere tra l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica e l'adesione ad una Convenzione Consip, occorre valutare una serie di elementi.

Innanzitutto si dovrà verificare l'esistenza di una Convenzione per la fornitura o il servizio che la stazione appaltante ha interesse ad acquisire.

In secondo luogo si dovrà accertare che il servizio o la fornitura oggetto di Convenzione siano corrispondenti agli standard qualitativi di cui la stazione appaltante necessita. È evidente infatti che se la stazione appaltante ha esigenze specifiche tali da richiedere la personalizzazione delle modalità di esecuzione dell'appalto dovrà prevedere un apposito progetto tecnico da mettere a gara.

Ulteriore elemento di valutazione è poi il prezzo del servizio o della fornitura in Convenzione. Se la stazione appaltante ritiene, ad esempio sulla base di un'indagine di mercato o di precedenti acquisti, di potere ottenere un prezzo più vantaggioso sul mercato, risulterà conveniente esperire un'autonoma procedura di gara. Viceversa, risulterà conveniente aderire alla Convenzione, ottenendo così un risparmio dei costi necessari all'espletamento della nuova procedura.



Tale risparmio deve essere inteso non solo in termini di eliminazione degli specifici costi connessi all'espletamento della procedura di gara (si pensi in particolare a quelli relativi alla pubblicità della gara, al compenso dei componenti della Commissione giudicatrice), ma anche in termini di risparmio di tempo e di impiego di risorse umane e di risparmio degli eventuali oneri derivanti dal contenzioso giudiziario che potrebbe insorgere a seguito dell'impugnazione degli atti di gara.

1.2. La scelta del criterio di selezione delle offerte

1.2.1. I CRITERI DI SELEZIONE DELLE OFFERTE

Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, relative alla remunerazione di servizi specifici, la stazione appaltante, al fine di individuare la migliore offerta in gara, può utilizzare:

- il criterio del prezzo più basso;
- il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Quando il criterio scelto è quello del prezzo più basso, la valutazione delle offerte verterà esclusivamente sul confronto tra i prezzi offerti dai concorrenti.

In tale ipotesi pertanto la stazione appaltante deve definire (nelle specifiche tecniche) le caratteristiche dell'appalto che intende affidare e i livelli qualitativi dello stesso in maniera puntuale e ben dettagliata, di guisa che i concorrenti alla gara dovranno indicare il prezzo migliore al quale si impegnano a svolgere le prestazioni oggetto dell'appalto, esattamente secondo le modalità e lo standard qualitativo chiesti dalla stazione appaltante.

Quando il criterio scelto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte verterà su una pluralità di elementi, il cui peso ponderale dovrà essere previamente individuato dalla stazione appaltante.

Il prezzo sarà uno di tali elementi, unitamente ad altri, scelti dalla stazione appaltante tra quelli elencati in via esemplificativa all'art. 83, comma 1, del Codice, quali la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, ecc.

In tale ipotesi la stazione appaltante individua le caratteristiche minime delle prestazioni oggetto dell'appalto, sulla cui base i concorrenti definiscono un progetto tecnico da offrire. L'offerta dei concorrenti sarà suddivisa quindi in una parte cosiddetta tecnica relativa alle modalità di espletamento dell'appalto ed una parte economica relativa al prezzo cui l'offerente sarà disposto a realizzare la fornitura o il servizio.

La stazione appaltante dovrà indicare negli atti di gara gli elementi di valutazione delle offerte e la migliore offerta sarà quella che avrà ottenuto il punteggio complessivo più alto, risultante dalla somma del punteggio attribuito all'offerta tecnica e del punteggio attribuito all'offerta economica.

1.2.2. LA SCELTA TRA I DUE CRITERI

Le stazioni appaltanti scelgono il criterio di selezione delle offerte più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, indicandolo nel bando di gara (art. 81, comma 2).



La facoltà di scelta tra i due criteri, subisce una deroga dovuta alla peculiarità di una particolare procedura di affidamento: nel caso in cui la stazione appaltante decida di affidare un appalto mediante dialogo competitivo, l'unico criterio per l'aggiudicazione dell'appalto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 58, comma 4).

La predetta scelta costituisce tipica espressione di discrezionalità della stazione appaltante, come tale sottratta al sindacato di legittimità

del giudice amministrativo salvo che, in relazione alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, non sia manifestamente illogica, arbitraria ovvero macroscopicamente viziosa da travisamento dei fatti.

Peraltro la scelta tra il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del massimo ribasso dipende anche dalla tipologia del servizio o della fornitura che la stazione appaltante intende acquisire nonché dalle finalità che la stessa si pone.

Qualora infatti la stazione appaltante debba affidare servizi o forniture altamente standardizzati per i quali siano già ben individuate le caratteristiche qualitative e le modalità di esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appal-

to, risulterà preferibile utilizzare il criterio del prezzo più basso, che consente operazioni di gara più snelle.

Qualora invece la stazione appaltante intenda acquisire proposte tecniche dai concorrenti al fine di scegliere la soluzione ottimale per le proprie esigenze mediante la valutazione dell'aspetto qualitativo delle offerte, risulterà preferibile il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ancorché l'utilizzo di tale criterio comporti una maggiore complessità nelle attività connesse alla procedura di gara.



Una società ha proposto ricorso per l'annullamento di una procedura ad evidenza pubblica con la quale un Policlinico aveva affidato il servizio di pulizia e sanificazione per un periodo di 36 mesi.

Il ricorrente contestava, tra l'altro, la scelta, da parte della stazione appaltante, del criterio di aggiudicazione al prezzo più basso, assumendo che l'appalto era di natura tale da richiedere il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il ricorso è stato respinto e la società ha proposto appello.

Tra gli altri motivi, l'appellante sostiene l'inadeguatezza del criterio di aggiudicazione al prezzo più basso, affermando che tale criterio non sarebbe conforme alle caratteristiche del servizio da appaltare. Ciò anche in considerazione del fatto che la stazione appaltante non aveva preteso la presentazione di un progetto da assumere a base della valutazione dell'offerta, con la conseguenza che si sarebbe consentita alle concorrenti la presentazione di offerte non controllabili sul piano della qualità del servizio. L'appellante sottolinea la circostanza che il capitolato era privo di prescrizioni circa il numero delle unità del personale addetto alla prestazione del servizio.

Il Consiglio di Stato ha osservato che la doglianza mossa dall'appellante non è sorretta da alcun attendibile riferimento normativo e non risulta contrastante con il canone generale del buon andamento dell'amministrazione o con quello della par condicio tra i concorrenti. Non era contestato dall'appellante che, nella scelta del criterio di aggiudicazione, l'Amministrazione disponga di ampia discrezionalità, nel rispetto dei limiti della logicità e della ragionevolezza. Neppure era messo in discussione che il capitolato e il disciplinare di gara recassero la puntuale descrizione delle operazioni di pulizia e di lavaggio e la periodicità degli interventi suddivisi per classificazione di rischio.

In tale contesto il Giudice ha ritenuto legittima la scelta dell'aggiudicazione al criterio del maggior ribasso, rimettendo all'impresa soltanto l'elaborazione di un sistema di autocontrollo e l'indicazione del prezzo al metro quadrato per mese per ciascuna tipologia di intervento.

Il Consiglio di Stato ha rilevato come assuma rilievo decisivo la circostanza che un appalto di pulizia e sanificazione di reparti ospedalieri ha per sua natura un contenuto agevolmente predeterminabile e si svolge mediante operazioni in larga misura standardizzate. Il Consiglio di Stato ha pertanto ritenuto che l'appello non potesse essere accolto (Cons. St. Sez. V, 14 marzo 2007, n. 1246).

1.3. La tempistica

La concreta durata di ciascuna procedura di affidamento varia in base al tempo che discrezionalmente impiega ciascuna stazione appaltante per la predisposizione degli atti di gara, per lo svolgimento dei vari adempimenti, nonché per l'espletamento delle operazioni di gara.

Peraltro, il Codice, all'art. 70, comma 1, stabilisce le regole generali per la fissazione dei termini di ricezione delle offerte (quale che sia la procedura di gara) e delle domande di partecipazione (nelle procedure ristrette, nelle procedure negoziate previa pubblicazione di bando di gara e nel dialogo competitivo). Nell'individuazione dei predetti termini la stazione appaltante dovrà:

- tenere conto della complessità della prestazione oggetto dell'appalto;
- tenere conto del tempo ordinariamente necessario per la formulazione delle offerte;
- comunque rispettare i termini minimi stabiliti nel Codice.

Le predette regole valgono sia per gli appalti sopra soglia sia sotto soglia comunitaria. Per i primi la disciplina di riferimento è quella di cui all'art. 70, mentre per i secondi è quella di cui all'art. 124.

Tuttavia, in ragione della minore complessità degli appalti sotto soglia e delle esigenze di rendere più celere la conclusione della procedura di gara per tali appalti i termini minimi sono più brevi.

La circostanza che esistano termini minimi legislativamente fissati non determina automaticamente la correttezza dell'operato della stazione appaltante ove questa rispetti i predetti termini.

Tale rispetto è una condizione necessaria, ma non sufficiente in tutte quelle ipotesi in cui

la complessità dell'appalto, che si riverbera sul tempo necessario per la predisposizione dell'offerta, richieda un termine congruo superiore a quello minimo.



Dal punto di vista operativo la stazione appaltante deve dunque:

- a) individuare quali siano i termini minimi legislativamente previsti in relazione alla tipologia di gara che non possono che essere rispettati;*
- b) verificare se in ragione della complessità della prestazione oggetto dell'appalto, che si riverbera conseguentemente sulla formulazione dell'offerta, non sia necessario fissare termini maggiori rispetto a quelli minimi, onde soddisfare il requisito della congruità.*

I suddetti passaggi sono molto importanti.

In relazione alla violazione del termine minimo per la presentazione delle offerte la giurisprudenza ha ritenuto che tale violazione rende di per sé illegittima la procedura di gara (Cons. St., Sez. VI, 27 novembre 2006, n. 6908).

Il Codice prevede, nell'art. 70 in esame:

- ipotesi al ricorrere delle quali i termini minimi di ricezione delle offerte o delle domande di partecipazione possono essere ridotti;
- ipotesi al ricorrere delle quali i termini minimi di ricezione delle offerte devono essere prolungati.

Alcune ipotesi di riduzione o prolungamento dei termini possono essere utilizzate dalla stazione appaltante indipendentemente dalla procedura di gara, altre ipotesi riguardano soltanto alcune procedure di gara e non altre.

Tali ipotesi sono riportate distintamente nei paragrafi relativi ad ogni procedura di gara.

1.3.1. LA NATURA DEI TERMINI DI PRESENTAZIONE DELLE OFFERTE E DELLE DOMANDE DI PARTECIPAZIONE

Una volta fissati i termini di ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, gli stessi sono da considerarsi senz'altro perentori. La giurisprudenza ha infatti precisato come tali termini siano posti a tutela di diversi interessi, quali la regolarità e speditezza della procedura, nonché l'esigenza di garantire a tutti i concorrenti i medesimi tempi per la predisposizione dell'offerta, nel rispetto del principio di par condicio.

Ad esempio è stato ritenuto che non solo il giorno, ma anche l'ora fissata per la ricezione delle offerte, debba essere considerata perentoria, senza che sia necessaria alcuna clausola espressa in tal senso nel bando di gara.

Ad ogni modo la perentorietà dei termini non significa che in presenza di circostanze oggettive i medesimi non possano essere modificati dalla stazione appaltante. Tuttavia a tal fine occorrerà rendere nota la modifica con le stesse forme di pubblicità utilizzate per l'atto contenente il termine originario.



La scadenza del termine in un giorno festivo

Il termine per la presentazione delle offerte cade in un giorno festivo. La stazione appaltante non esclude dalla gara l'impresa che presenta la propria offerta il giorno successivo. È corretto un tale modus operandi? In proposito la giurisprudenza ritiene che è principio di generale applicazione quello secondo il quale, sia ai sensi dell'art. 155, quarto comma, c.p.c., sia ai sensi dell'art. 2693, terzo comma, c.c., il termine che cade in un giorno festivo è prorogato di diritto al giorno seguente (Cons. St., Sez. V, 05 marzo 2003, n. 1214).

2. La procedura aperta sopra e sotto soglia comunitaria

2.1. Definizione

Le procedure aperte sono le procedure in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta (art. 3, comma 37, del Codice).

2.2. Caratteristiche

La procedura aperta è un'ordinaria procedura di affidamento degli appalti pubblici. Caratteristica di tale procedura, per gli appalti sia sopra sia sotto soglia comunitaria, è che la stazione appaltante, con l'atto con il quale rende nota agli operatori la volontà di procedere all'affidamento di un determinato appalto ovvero con il bando di gara ed i relativi allegati, fornisce contemporaneamente tutte le informazioni necessarie per la partecipazione alla gara. I soggetti che possiedono i requisiti di qualificazione chiesti nel bando potranno dunque partecipare alla competizione presentando la propria offerta, formulata nei modi e secondo i termini stabiliti nella lex specialis di gara.

2.3. Le incombenze della stazione appaltante nella procedura aperta

Quando la stazione appaltante decide di affidare un appalto, sia sopra sia sotto soglia comunitaria, seguendo la procedura aperta dovrà:

- indicare nel decreto o nella determina a contrarre che seguirà una procedura aperta, fissando parimenti il criterio di aggiudicazione (massimo ribasso o offerta economicamente più vantaggiosa);
- predisporre e pubblicare un bando di gara nel quale sia indicato il tipo di procedura e l'oggetto del contratto; nel bando, o nell'allegato capitolato speciale d'appalto, dovranno essere contenute tutte le informazioni necessarie agli operatori economici per la presentazione dell'offerta (requisiti di partecipazione richiesti; modalità di formulazione

dell'offerta; termine per la sua presentazione; criterio di aggiudicazione e, in caso di offerta economicamente più vantaggiosa, criteri e sub criteri di valutazione);

- procedere all'espletamento delle operazioni di gara che comporteranno la previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione chiesti nel bando di gara, nonché la valutazione delle offerte;
- aggiudicare la gara all'offerta migliore.

2.4. La facoltà di non aggiudicare la gara

Il Codice dispone che la stazione appaltante possa prevedere nel bando di non aggiudicare una procedura aperta o ristretta quando siano pervenute una sola ovvero due sole offerte valide (art. 55, comma 4). La condizione affinché la predetta facoltà sia esercitabile è, come detto, che il bando di gara la preveda espressamente. Posto che in tale evenienza le offerte non saranno valutate, risulta evidente che la validità delle medesime andrà considerata soltanto con riguardo:

- al rispetto del termine di presentazione delle offerte stabilito dalla stazione appaltante;
- al rispetto delle modalità di composizione del plico esterno contenente l'offerta.

Una volta previsto di non aggiudicare la gara, la stazione appaltante non potrà dunque né aprire le offerte né valutarle. L'eventuale aggiudicazione sarebbe infatti illegittima, anche qualora si dimostrasse la convenienza dell'unica offerta valida partecipante alla gara. Qualora il bando non contenga tale previsione, resta peraltro ferma la disciplina di cui all'art. 81, comma 3, che prevede comunque la facoltà per la stazione appaltante di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. In entrambe le ipotesi la stazione appaltante non aggiudica l'appalto.

Nel primo caso la decisione non necessita di al-

cuna motivazione, stante la previsione di bando. Nel secondo caso si dovrà comunque procedere alla valutazione delle offerte pervenute, riscontrandole non convenienti, cioè non rispondenti alle esigenze della stazione appaltante in termini di economicità, o non idonee in relazione all'oggetto del contratto, cioè non rispondenti alle esigenze in considerazione del risultato che con l'aggiudicazione di quel determinato appalto si vuole raggiungere. In tali ipotesi è evidente che la scelta della stazione appaltante necessiterà di idonea motivazione.



La previsione del bando di gara di non procedere all'aggiudicazione in caso di una sola offerta valida o di due sole offerte valide deve essere valutata dalla stazione appaltante con attenzione, atteso che la sua applicazione comporta, in assenza del numero minimo di offerenti previsti, una deserzione della gara. Si configura dunque per la stazione appaltante una facoltà con duplice discrezionalità composta, preliminarmente, dalla scelta di inserire o meno tale clausola nel bando e dall'ulteriore scelta di prevedere che non si procederà ad aggiudicazione in presenza di una sola offerta ovvero di due sole offerte. Tale discrezionalità va esercitata al momento della scelta della procedura. Operativamente l'inserimento della clausola di cui all'art. 55, comma 4, nel bando deve essere correlata, per ogni singolo approvvigionamento, alla:

- *numerosità o meno di operatori economici sul mercato di riferimento;*
- *storia delle aggiudicazioni precedentemente avvenute in appalti identici o simili;*
- *urgenza o meno di addivenire all'aggiudicazione dell'appalto e dunque di disporre del servizio o della fornitura;*
- *necessità di impiegare risorse di bilancio entro una determinata scadenza;*
- *necessità di garantire concorrenza tra gli operatori ed evitare possibili accordi collusivi.*

Si evidenzia inoltre che nel caso di una procedura di gara con aggiudicazione di beni o servizi su più lotti la clausola del bando in argomento deve essere necessariamente riferita a tutti i lotti da aggiudicare e non soltanto a taluni di essi.



Un'impresa ha impugnato la mancata aggiudicazione di due lotti della gara indetta da un'azienda ospedaliera per una fornitura biennale di dispositivi medici, con aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nonché la deliberazione con la quale è stato indetto un nuovo affidamento per le forniture non aggiudicate.

La stazione appaltante aveva ritenuto che non sussistesse una sufficiente concorrenza, alla luce esclusivamente della verifica degli aspetti tecnici delle offerte e senza procedere alla valutazione dell'offerta economica.

Il TAR adito ha rilevato come il capitolato speciale di gara prevedesse l'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta valida, ove il prezzo fosse comunque conveniente. Tale disposizione escludeva dunque la previsione di cui all'art. 55, comma 4, del Codice.

Il giudice amministrativo ha quindi ricordato che anche l'art. 81, comma 3, del Codice prevede la possibilità di non aggiudicare, ma sempre previa valutazione sia della convenienza che della idoneità dell'offerta. Tale valutazione necessita peraltro di un esame dell'offerta sia nella parte tecnica sia in quella economica, che nel caso in esame era mancata (TAR Lazio, Roma, Sez. III quater, 24 ottobre 2008, n. 9153).

2.5. Le differenze tra la procedura aperta sopra soglia e la procedura aperta sotto soglia

Le fasi della procedura aperta non differiscono negli appalti sopra e sotto soglia comunitaria, se non per il fatto che negli appalti sotto soglia alcuni adempimenti sono semplificati, come pure la tempistica risulta più celere.

2.5.1. LA PUBBLICITÀ

In ottemperanza al principio di pubblicità, la stazione appaltante deve rendere noti:

- la volontà di affidare determinati appalti tramite la pubblicazione di un avviso di preinformazione, ove previsto, e del bando di gara;
- i risultati della procedura di affidamento tramite la pubblicazione dell'avviso sugli esiti della procedura.

Per gli appalti sotto soglia comunitaria vige il principio secondo il quale le stazioni appaltanti

non sono tenute al rispetto degli obblighi di pubblicità in ambito sopranazionale (art. 124, comma 1, del Codice) e l'avviso di preinformazione è facoltativo (art. 124, comma 2, del Codice).

2.5.2. LA TEMPSTICA

I TERMINI MINIMI PER LA PRESENTAZIONE DELLE OFFERTE NELLE PROCEDURE APERTE

SERVIZI E FORNITURE	TERMINE MINIMO PER LA RICEZIONE DELLE OFFERTE	DECORRENZA	NORMA DI RIFERIMENTO
sopra soglia	52 giorni	dalla data di trasmissione del bando di gara alla Commissione Europea	art. 70, comma 2, del Codice
sotto soglia	15 giorni	dalla data di pubblicazione del bando sulla G.U.R.I.	art. 124, comma 6, lett. a), del Codice

2.5.2.1. Le ipotesi di riduzione del termine minimo di presentazione delle offerte

Nelle procedure aperte è possibile ridurre il termine minimo di presentazione delle offerte nelle seguenti ipotesi:

a) Pubblicazione dell'avviso di preinformazione.

La riduzione del termine è consentita a condizione che l'avviso di preinformazione, in precedenza pubblicato, contenga tutte le informazioni richieste per il bando dall'allegato IX A, sempre che dette informazioni siano disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso e che tale avviso sia stato inviato per la pubblicazione non meno di cinquantadue giorni e non oltre dodici mesi prima della trasmissione del bando di gara.

A tali condizioni il termine minimo per la ricezione delle offerte nelle procedure aperte sopra soglia comunitaria, decorrente dalla data di tra-



smisione del bando, può essere ridotto, di norma, a trentasei giorni. Il Codice prevede poi che in ogni caso non sia ridotto mai a meno di ventidue giorni, né a meno di cinquanta giorni se il contratto ha per oggetto anche la progettazione definitiva ed esecutiva (art. 70, comma 7).

Se anche per gli appalti sotto soglia comunitaria è stato pubblicato il facoltativo avviso di preinformazione, il termine minimo per la ricezione delle offerte, decorrente dalla pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale Italiana, può essere ridotto a 10 giorni e comunque mai a meno di 7 giorni (art. 124, comma 6, lett. e).

b) Trasmissione per via elettronica del bando alla Commissione Europea.

La riduzione del termine è consentita a condizione che la trasmissione sia fatta secondo il formato e le modalità precisate nell'allegato X, punto 3, del Codice.

Tale riduzione è possibile per gli appalti sopra soglia comunitaria.

A tale condizione il termine di 52 giorni, o quello ridotto per la pubblicazione dell'avviso di preinformazione, potrà essere ulteriormente ridotto di 7 giorni (art. 70, comma 8).

c) Accesso libero, diretto e completo a tutta la documentazione di gara in formato elettronico.

La riduzione del termine è consentita a condizione che la stazione appaltante offra in via elettronica, dalla data di pubblicazione del bando, l'accesso a tutta la documentazione di gara (capitolato d'oneri e allegati vari) ed indichi nel bando di gara l'indirizzo internet presso il quale la documentazione è disponibile.

Tale riduzione è possibile per gli appalti sopra soglia comunitaria. A tale condizione il termine di 52 giorni potrà essere ridotto di 5 giorni (art. 70, comma 9).

Tale riduzione è cumulabile con l'ulteriore riduzione dei 7 giorni per l'ipotesi di trasmissione del bando per via elettronica, ma non è cumulabile con l'ipotesi di riduzione in caso di pubblicazione dell'avviso di preinformazione.

2.5.2.2. Le ipotesi di prolungamento del termine minimo di presentazione delle offerte

Nelle procedure aperte è necessario prorogare il termine minimo di presentazione delle offerte nelle seguenti ipotesi:

a) Mancato rispetto dei termini entro i quali fornire il capitolato d'oneri o i documenti o le informazioni complementari.

Nelle procedure aperte, quando la stazione appaltante non ha pubblicato la documentazione di gara in formato elettronico, deve inviare la medesima agli operatori economici che ne fanno richiesta, entro 6 giorni dalla ricezione della domanda, a condizione che la stessa sia stata fatta in tempo utile prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte (art. 71, comma 1).

Del pari le informazioni complementari, i cosiddetti 'chiarimenti' sui documenti di gara, devono essere comunicati dalla stazione appaltante, anche - ove previsto - tramite lo Sportello dei contratti, almeno 6 giorni prima della scadenza del termine di ricezione delle offerte (art. 71, comma 2).

Nell'ipotesi in cui, sebbene chiesti dagli operatori economici in tempo utile, i suddetti documenti o le informazioni complementari non siano stati forniti, la stazione appaltante deve prorogare i termini per la ricezione delle offerte per consentire agli operatori economici interessati di prendere piena conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla presentazione delle offerte medesime (art. 70, comma 10).

L'ipotesi illustrata prevede una proroga del

termine di ricezione delle offerte, rispetto a quello inizialmente fissato, nel caso in cui, successivamente alla pubblicazione del bando di gara (ove tale termine è contenuto), la stazione appaltante non fornisca i documenti o le informazioni complementari ai soggetti che, venuti a conoscenza della procedura di gara, hanno interesse a parteciparvi.

È evidente quindi che la proroga dovrà essere disposta dalla stazione appaltante in un momento successivo alla pubblicazione del bando di gara. Ed allora affinché sia legittima occorrerà che sia resa nota con gli stessi mezzi di pubblicazione previsti per il bando iniziale.

Tale ipotesi di necessaria proroga dei termini vale sia per gli appalti sopra soglia (art. 70, comma 10), sia per gli appalti sotto soglia (atteso l'espresso rinvio che l'art. 124, comma 6, opera al predetto art. 70, comma 10).

b) Necessità della visita dello stato dei luoghi o della consultazione sul posto dei documenti allegati al capitolato d'oneri.

Nelle ipotesi in cui la stazione appaltante, ai fini della formulazione delle offerte, chieda la visita dello stato dei luoghi o la previa consultazione di documenti allegati al capitolato d'oneri disponibili solo presso la medesima, dovrà stabilire i termini minimi in modo adeguato al fine di consentire tali incombenze agli operatori economici, affinché gli stessi abbiano tutte le informazioni necessarie per la migliore formulazione dell'offerta (art. 70, comma 10).

La stazione appaltante, già nel momento in cui pone le regole di gara, è a conoscenza di tali circostanze e pertanto, da subito, dovrà prevedere un termine di presentazione delle offerte che tenga conto delle predette incombenze a carico dei partecipanti.

Anche tale ipotesi di necessario prolungamento dei termini vale sia per gli appalti sopra soglia,

sia per gli appalti sotto soglia.

2.5.3. I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE

Ai fini della partecipazione ad una procedura di gara avente rilevanza comunitaria, la stazione appaltante deve chiedere agli operatori economici interessati la dimostrazione del possesso dei cosiddetti "requisiti di partecipazione" o anche "requisiti di qualificazione". Per gli appalti di servizi e forniture si tratta dei:

- requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del Codice;
- requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 39;
- requisiti di capacità economica e finanziaria di cui all'art. 41;
- requisiti di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 42.

Se il valore dell'appalto è sotto soglia comunitaria, l'art. 124 del Codice, comma 7, dispone che il regolamento di attuazione del Codice, disciplini, secondo criteri di semplificazione rispetto alle norme dettate dal Codice medesimo, i requisiti di idoneità morale (ovvero i requisiti di ordine generale), capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria che devono essere posseduti dagli operatori economici.

2.5.4. L'ANOMALIA DELLE OFFERTE

La stazione appaltante deve verificare le offerte che risultino anormalmente basse (ossia che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86 del Codice) secondo la procedura indicata agli artt. 86 e seguenti del Codice.

Per gli appalti sotto soglia comunitaria, a determinate condizioni, è prevista la facoltà di esclusione automatica delle offerte anomale. Tale facoltà non è invece consentita negli appalti sopra

soglia comunitaria.

3. La procedura ristretta sopra e sotto soglia comunitaria

3.1. Definizione

Le procedure ristrette sono le procedure alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti con le modalità stabilite dal Codice (art. 3, comma 38).

3.2. Caratteristiche

Anche la procedura ristretta è oggi considerata un'ordinaria procedura di affidamento degli appalti pubblici, ma, a differenza della procedura aperta, la stessa si svolge per gli appalti sia sopra sia sotto soglia comunitaria in due fasi:

- nella prima fase la stazione appaltante rende noto agli operatori la volontà di procedere all'affidamento di un determinato appalto e fornisce tutte le informazioni necessarie (in buona sostanza la richiesta dei requisiti che i soggetti devono possedere ai fini della partecipazione alla competizione) per presentare una richiesta di invito;
- nella seconda fase la stazione appaltante, con un successivo atto (la lettera di invito) fornisce, ai soggetti che intende invitare alla procedura, tutte le informazioni necessarie alla presentazione dell'offerta.

Di conseguenza gli operatori economici interessati alla procedura ristretta:

- nella prima fase presenteranno domanda di partecipazione con annessi gli atti e le dichiarazioni comprovanti il possesso dei requisiti di partecipazione;
- nella seconda fase, una volta che la stazione appaltante ha verificato il possesso dei requi-

siti ed ha proceduto all'invito, presenteranno l'offerta.

In passato la peculiarità della procedura ristretta, che la distingueva nettamente dalla procedura aperta, consisteva nella possibilità della stazione appaltante di limitare il numero dei concorrenti: in buona sostanza la stazione appaltante, a condizione che nel bando di gara si indicasse tale opzione (la previsione della così detta "forcella"), aveva facoltà di scegliere tra tutti i soggetti che avevano presentato domanda di partecipazione - sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori indicati nel bando - un numero circoscritto di soggetti da invitare a presentare offerta.

Nell'attuale disciplina realtiva all'affidamento di servizi e forniture tale facoltà non è più consentita, atteso che alle procedure ristrette devono essere invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano comunque in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando (art. 55, comma 6).



L'art. 55, comma 6, fa salvo quanto disposto dall'art. 62 e dall'art. 177, entrambi contenenti previsioni che riguardano solo gli appalti di lavori.

Infatti l'art. 62 prevede la possibilità di limitare il numero di soggetti da invitare nelle procedure ristrette, negoziate e nel dialogo competitivo, ma relativamente alle procedure ristrette, tale facoltà è esercitabile solo per affidamento di appalti di lavori di importo pari o superiore a 40 milioni di euro.

L'art. 177 prevede che nelle procedure ristrette aventi ad oggetto l'aggiudicazione delle concessioni e degli affidamenti a contraente generale, i soggetti aggiudicatori possano stabilire e indicare nel bando di gara, in relazione all'importanza e alla complessità delle opere da realizzare, il numero minimo e massimo di concorrenti che verranno invitati a presentare offerta.

3.3. Le incombenze della stazione appaltante nella procedura ristretta

Quando la stazione appaltante decide di affidare un appalto, sia sopra sia sotto soglia comunitaria, seguendo la procedura ristretta dovrà:

- indicare nel decreto o nella determina a contrarre che seguirà una procedura ristretta, fissando parimenti il criterio di aggiudicazione (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa);
- predisporre e pubblicare un bando di gara nel quale sia indicato il tipo di procedura e l'oggetto del contratto; nel bando, o nell'allegato capitolato speciale d'appalto, dovranno essere contenute tutte le informazioni necessarie agli operatori economici per la presentazione della domanda di partecipazione (requisiti di qualificazione richiesti; termine per la sua presentazione);
- verificare le domande di partecipazione pervenute e invitare tutti i soggetti in possesso dei requisiti di qualificazione. Nella lettera di invito dovranno essere contenute tutte le informazioni necessarie agli operatori economici per la presentazione dell'offerta (modalità di formulazione dell'offerta; termine per la sua presentazione, e, in caso di offerta economicamente più vantaggiosa, criteri e sub criteri di valutazione, sempre qualora non previsti nel bando);
- procedere alla valutazione delle offerte;
- aggiudicare la gara all'offerta migliore.

3.4. La facoltà di non aggiudicare la gara

Anche nella procedura ristretta valgono, in relazione alla facoltà di non aggiudicare la gara, le medesime regole di cui si è detto nel Par. 2.4.

3.5. Le differenze tra la procedura ristretta sopra soglia e la procedura ristretta sotto soglia

Anche per la procedura ristretta la circostanza che si tratti di appalti sopra o sotto soglia non muta le

fasi di gara e le operazioni da compiere, se non per il fatto che per gli appalti sotto soglia alcuni adempimenti sono semplificati, come pure la tempistica è più celere.

Per quanto riguarda gli oneri di pubblicità, la qualificazione dei concorrenti e l'anomalia delle offerte, nelle procedure ristrette valgono le medesime regole previste per le procedure aperte, cui pertanto si fa rinvio; la tempistica è invece diversa, atteso che la procedura ristretta, a differenza di quella aperta, si svolge in due fasi.

3.5.1. LA TEMPISTICA

I TERMINI MINIMI PER LA PRESENTAZIONE DELLE DOMANDE DI PARTECIPAZIONE

SERVIZI E FORNITURE	TERMINE PER LA RICEZIONE DELLE DOMANDE DI PARTECIPAZIONE	DECORRENZA	NORMA DI RIFERIMENTO
sopra soglia	37 giorni	dalla data di trasmissione del bando di gara alla Commissione Europea	art. 70, comma 3, del Codice
sotto soglia	7 giorni	dalla data di pubblicazione del bando sulla G.U.R.I.	art. 124, comma 6, lett. b), del Codice

I TERMINI MINIMI PER LA PRESENTAZIONE DELLE OFFERTE

SERVIZI E FORNITURE	TERMINE PER LA RICEZIONE DELLE OFFERTE	DECORRENZA	NORMA DI RIFERIMENTO
Sopra soglia	40 giorni	dalla data di invio della lettera di invito	art. 70, comma 4, del Codice
sotto soglia	10 giorni	dalla data di invio della lettera di invito	art. 124, comma 6, lett. c), del Codice

3.5.1.1. Le ipotesi di riduzione del termine minimo di presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione

In alcune ipotesi, nelle procedure ristrette come

nelle procedure aperte, sarà consentita la riduzione del termine di presentazione delle offerte, in altre ipotesi sarà consentita invece la riduzione del termine di presentazione delle domande di partecipazione. Ed invero nel caso di:

a) Pubblicazione dell'avviso di preinformazione.

È possibile ridurre il termine di presentazione delle offerte. Il termine di riduzione e le modalità sono le stesse previste per le procedure aperte, con la precisazione che il termine ridotto per la presentazione delle offerte nelle procedure ristrette decorre dalla data di invio dell'invito a presentare offerta.

b) Trasmissione per via elettronica del bando alla Commissione Europea.

È consentita la riduzione del termine di presentazione delle domande di partecipazione, a condizione che la trasmissione del bando sia fatta secondo il formato e le modalità precisate nell'allegato X, punto 3, del Codice.

Tale riduzione è possibile per gli appalti sopra soglia comunitaria.

Pertanto il termine di 37 giorni potrà essere ridotto di 7 giorni (art. 70, comma 8).

c) Accesso libero, diretto e completo a tutta la documentazione di gara in formato elettronico.

È possibile ridurre il termine di presentazione delle offerte. Il termine di riduzione e le modalità sono le stesse previste per le procedure aperte.

Il termine di 40 giorni potrà quindi essere ridotto di 5 giorni (art. 70, comma 9).



Tale riduzione è cumulabile con la riduzione di 7 giorni del termine di presentazione delle domande di partecipazione per l'ipotesi di trasmissione del bando per via elettronica, ma non è cumulabile con l'ipotesi di riduzione del termine di presentazione delle offerte in caso di pubblicazione dell'avviso di preinformazione.

d) Urgenza che rende impossibile il rispetto dei termini minimi di presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte.

A condizione che la stazione appaltante indichi nel bando di gara le ragioni dell'urgenza che non consentono di rispettare i termini minimi, la stessa nella procedura ristretta sopra soglia comunitaria potrà stabilire:

- un termine per la ricezione delle domande di partecipazione non inferiore a 15 giorni decorrente dalla data di pubblicazione del bando di gara sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana;
- un termine per la ricezione delle offerte non inferiore a 10 giorni (art. 70, comma 11) decorrente dalla data di invio della lettera di invito.



La decorrenza del termine per la ricezione delle offerte è la stessa, ovvero dalla data di invio dell'invito, mentre la decorrenza del termine di ricezione delle domande di partecipazione cambia, non è più dalla data dell'invio del bando alla Commissione europea, ma dalla data di pubblicazione del bando sulla G.U.R.I., che deve essere successiva alla trasmissione del bando alla Commissione.

Per le suddette ragioni, la stazione appaltante, nelle procedure ristrette sotto soglia, potrà stabilire:

- un termine per la ricezione delle domande di partecipazione non inferiore a 10 giorni;
- un termine per la ricezione delle offerte non inferiore a 5 giorni (art. 124, comma 6, lett. f).

3.5.1.2. Le ipotesi di prolungamento del termine minimo di presentazione delle offerte

Anche nelle procedure ristrette, come in quelle aperte, sarà necessario prolungare il termine minimo di presentazione delle offerte in due

ipotesi:

- a) mancato rispetto dei termini entro i quali fornire il capitolato d'oneri o i documenti o le informazioni complementari;
- b) necessità della visita dello stato dei luoghi o della consultazione sul posto dei documenti allegati al capitolato d'oneri.

Si rinvia pertanto a quanto osservato in precedenza per la procedura aperta, con la precisazione che per le procedure ristrette la disposizione si applica per il mancato rispetto dei termini di invio ai richiedenti dei capitolati d'oneri, documenti e informazioni complementari stabiliti nell'art. 72 del Codice.

4. La negoziazione in luogo della gara

4.1. Definizione

Le procedure negoziate sono così definite in quanto le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto (art. 3, comma 40).

4.2. Caratteristiche

Le procedure negoziate sono procedure eccezionali che derogano alle ordinarie procedure di affidamento degli appalti, cui la stazione appaltante può far ricorso solo nelle ipotesi ed alle condizioni espressamente stabilite dal Codice.

La peculiarità di tali procedure è il contatto della stazione appaltante, senza vincoli particolari di forma, con i potenziali contraenti prima di effettuare l'aggiudicazione.

Le procedure negoziate devono considerarsi procedure facoltative ed alternative alle ordinarie procedure di affidamento degli appalti pubblici. Ed infatti al ricorrere di specifiche ipotesi, le stazioni appaltanti possono (ma non

devono necessariamente) scegliere di aggiudicare il contratto con procedura negoziata (art. 54, comma 4).

Il Codice prevede:

- all'art. 56 le ipotesi di procedure negoziate alle quali è possibile fare ricorso previa pubblicazione di un bando di gara. In tali ipotesi la stazione appaltante inviterà alla procedura i soggetti che ne faranno richiesta;
- all'art. 57 le ipotesi di procedure negoziate alle quali è possibile far ricorso senza necessità di previa pubblicazione di un bando di gara. In tali ipotesi sarà la stazione appaltante a decidere i soggetti da invitare alla procedura medesima.

Alcune delle suddette ipotesi sono consentite indistintamente per l'affidamento di contratti di lavori, servizi e forniture, altre soltanto per l'una o l'altra tipologia di appalto.

4.3. La facoltà di limitare il numero di candidati da invitare nelle procedure negoziate previa pubblicazione di bando di gara

Nelle procedure negoziate previa pubblicazione di bando di gara la stazione appaltante ha la facoltà, quando lo richieda la complessità o la difficoltà di una fornitura o di un servizio (come pure di un'opera), di limitare il numero dei soggetti con i quali negoziare a condizione che vi sia un numero sufficiente di candidati idonei (art. 62).

Il numero di candidati da invitare alla procedura negoziata non potrà essere inferiore a sei, se sussistono in tale numero soggetti qualificati; in ogni caso deve essere un numero sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza.

Al fine di avvalersi della predetta facoltà la stazione appaltante deve indicare nel bando di gara:

- la previsione di avvalersi di tale facoltà;

- il numero minimo dei candidati che intende invitare;
- ove opportuno, per esigenze di buon andamento che dovranno essere motivate, il numero massimo dei candidati da invitare;
- i criteri oggettivi e non discriminatori che la stazione appaltante applicherà per la scelta del numero dei soggetti da invitare.

Il Codice prevede espressamente che i predetti criteri siano determinati secondo il principio di proporzionalità. Sulla base di tali criteri vi sarà una pre-gara per scegliere un numero limitato di competitori da fare partecipare alla negoziazione, onde evitare di dover valutare un numero eccessivo di offerte.

Ovviamente la stazione appaltante dovrà invitare un numero di candidati almeno pari al numero minimo stabilito nel bando di gara. La stazione appaltante non potrà invitare:

- soggetti che non hanno presentato domanda di partecipazione;
- candidati che non hanno i requisiti chiesti nel bando di gara.

Se il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione individuati nel bando di gara è inferiore al numero minimo di soggetti da invitare, la stazione appaltante dovrà comunque invitare tali soggetti, ferma restando la possibilità di non procedere all'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 81, comma 3, se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto.

4.4. Le differenze tra la procedura negoziata sopra soglia e la procedura negoziata sotto soglia

La circostanza che si tratti di appalti sopra o sotto soglia non muta le fasi di gara e le operazioni da compiere, se non per il fatto che per gli appalti sotto soglia alcuni adempimenti

sono semplificati, come pure la tempistica è più celere.

Per quanto riguarda gli oneri di pubblicità, la qualificazione dei concorrenti e l'anomalia delle offerte, anche per le procedure negoziate valgono in linea generale le medesime regole previste per le procedure aperte (e ristrette), a cui pertanto si fa rinvio, con le seguenti precisazioni:

- l'avviso di preinformazione non potrà contenere la previsione delle forniture e dei servizi (come pure dei lavori) che si intendono aggiudicare a procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, in caso di estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili, che non sarebbero tali se fosse stato possibile individuarli in anticipo;
- ovviamente non vi sono oneri di pubblicazione del bando di gara nelle procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando di gara.

4.4.1. LA TEMPISTICA

I TERMINI MINIMI PER LA PRESENTAZIONE DELLE DOMANDE DI PARTECIPAZIONE NELLE PROCEDURE NEGOZiate PREVIA PUBBLICAZIONE DI BANDO DI GARA

SERVIZI E FORNITURE	TERMINE PER LA RICEZIONE DELLE DOMANDE DI PARTECIPAZIONE	DECORRENZA	NORMA DI RIFERIMENTO
sopra soglia	37 giorni	dalla data di trasmissione del bando di gara alla Commissione Europea	art. 70, comma 3, del Codice
sotto soglia	7 giorni	dalla data di pubblicazione del bando sulla G.U.R.I.	art. 124, comma 6, lett. b), del Codice

I TERMINI MINIMI PER LA RICEZIONE DELLE OFFERTE NELLE PROCEDURE NEGOZiate PREVIA PUBBLICAZIONE DI BANDO DI GARA E SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DI BANDO DI GARA

SERVIZI E FORNITURE	TERMINE PER LA RICEZIONE DELLE OFFERTE	DECORRENZA	NORMA DI RIFERIMENTO
sopra soglia	20 giorni	dalla data di invio della lettera di invito	art. 70, comma 5, del Codice
sotto soglia	10 giorni	dalla data di invio della lettera di invito	art. 124, comma 6, lett. d), del Codice

Il Codice relativamente al termine di ricezione delle offerte precisa che:

- lo stesso sia stabilito nel rispetto dell'art. 70, comma 1;
- i termini minimi valgono ove non vi siano specifiche ragioni di urgenza, che invece consentono un restringimento degli stessi.

4.4.1.1. Le ipotesi di riduzione del termine minimo di presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione

In alcune ipotesi, come nelle procedure aperte, sarà consentita la riduzione del termine di presentazione delle offerte; in altre ipotesi sarà consentita invece la riduzione del termine di presentazione delle domande di partecipazione. Ed invero nel caso di:

a) Trasmissione per via elettronica del bando alla Commissione Europea.

È consentita la riduzione del termine di presentazione delle domande di partecipazione nella procedura negoziata previa pubblicazione di bando di gara. Ciò a condizione che la trasmissione del bando sia fatta secondo il formato e le modalità precisate nell'allegato X, punto 3, del Codice. Tale riduzione è possibile per gli appalti sopra soglia comunitaria.

Pertanto il termine di 37 giorni potrà essere ridotto di 7 giorni (art. 70, comma 8).

b) Urgenza che rende impossibile il rispetto dei termini minimi di presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte nelle procedure negoziate previa pubblicazione di bando di gara.

A condizione che la stazione appaltante indichi nel bando di gara le ragioni dell'urgenza che non consentono di rispettare i termini minimi, la stessa nella procedura negoziata, previa pubblicazione di bando di gara, potrà stabilire un termine per la ricezione delle domande di partecipazione rispettivamente:

- non inferiore a 15 giorni per le procedure sopra soglia comunitaria;
- non inferiore a 10 giorni per le procedure sotto soglia comunitaria.

In entrambe le ipotesi il termine dovrà decorrere dalla data di pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, che deve essere successiva alla trasmissione del bando alla Commissione (rispettivamente art. 70, comma 11, lett. a), e art. 124, comma 6, lett. f).



Il citato art. 70, comma 11, che contempla il caso di impossibilità di rispettare i termini minimi in caso di urgenza prevede:

- una riduzione del termine di presentazione delle domande di partecipazione che vale sia nelle procedure ristrette sia in quelle negoziate previa pubblicazione di bando di gara (art. 70, comma 11, lett. a);

- una riduzione del termine di presentazione delle offerte solo per le procedure ristrette (art. 70, comma 11, lett. b).

Analogo discorso vale per le procedure sotto soglia comunitaria (art. 124, comma 6, lett. f).

Di conseguenza, in caso di urgenza (salvo l'ipotesi di estrema urgenza che rende possibile il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara ex art. 57, comma 2, lett. c), anche ove ne ricorrano le condizioni, potrebbe essere più celere l'indizione di una procedura ristretta piuttosto che l'indizione di una procedura negoziata previa pubblicazione di bando di gara.

c) *Urgenza che rende impossibile il rispetto dei termini minimi di presentazione delle offerte nelle procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando di gara.*

Il Codice prevede che nelle procedure negoziate, quando l'urgenza renda impossibile osservare i termini minimi previsti, la stazione appaltante stabilisce i termini senza alcuna fissazione di un termine minimo al di sotto del quale non potere scendere, nel rispetto, per quanto possibile, del comma 1, dell'art. 70 (art. 70, comma 12).

Analoga previsione non è contemplata per gli appalti sotto soglia.

4.4.1.2. *Le ipotesi di prolungamento del termine minimo di presentazione delle offerte*

Anche nelle procedure negoziate, come in quelle aperte e ristrette è necessario prorogare il termine minimo di presentazione delle offerte in due ipotesi:

- a) *mancato rispetto dei termini entro i quali fornire il capitolato d'oneri o i documenti o le informazioni complementari;*
- b) *necessità della visita dello stato dei luoghi o della consultazione sul posto dei documenti allegati al capitolato d'oneri.*

Si rinvia pertanto a quanto detto a proposito della procedura aperta, con la precisazione che la prima ipotesi riguarda le procedure negoziate previo bando e la disposizione si applica per il mancato rispetto dei termini di invio ai richiedenti dei capitolati d'oneri, documenti e informazioni complementari previsti nell'art. 72 del Codice.

5. Il dialogo competitivo

5.1. Definizione

Il dialogo competitivo, ai sensi dell'art. 3, com-

ma 39, del Codice è una procedura nella quale la stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi, avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le proprie necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte. In sede di definizione viene altresì stabilito che qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare al dialogo competitivo. La disciplina del dialogo competitivo è dettata dall'art. 58 del Codice.



L'entrata in vigore delle previsioni concernenti il più volte richiamato dialogo competitivo è stata sospesa da una serie di disposizioni normative. Inizialmente il comma 1 bis dell'art. 253 del Codice, introdotto dalla L. 12 luglio 2006, n. 228 ha differito l'operatività dell'istituto ai bandi ed agli inviti pubblicati successivamente al 1 febbraio 2007, termine prorogato dal primo decreto correttivo, D. Lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, al 1 agosto 2007. Successivamente il secondo decreto correttivo, D. Lgs. 31 luglio 2007, n. 113, ha ulteriormente rinviato l'applicabilità del dialogo competitivo all'entrata in vigore del Regolamento di cui all'art. 5 del Codice.

5.2. I presupposti

L'art. 58 del Codice definisce i presupposti in presenza dei quali è possibile ricorrere alla procedura del dialogo competitivo.

Il primo tra questi è dato dall'esistenza di un appalto particolarmente complesso, in presenza del quale la stazione appaltante ritenga che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto. Ai sensi dell'art. 58, comma 2, un appalto pubblico è considerato "particolarmente complesso" quando la stazione appaltante:

- non è oggettivamente in grado di definire, conformemente all'art. 68, comma 3, lettere b), c) o d), i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi ovvero
- non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto;
- secondo le circostanze concrete, non dispone, a causa di fattori oggettivi ad essa non imputabili, di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni o all'individuazione dei mezzi strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, alle caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e all'analisi dello stato di fatto e di diritto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, nonché nelle sue componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche.

In presenza di tali presupposti le stazioni appaltanti potranno interagire con gli operatori economici interessati al fine di individuare la soluzione di volta in volta preferibile per fare fronte alle proprie necessità di approvvigionamento di beni e servizi. L'utilizzazione del dialogo competitivo sarà dunque possibile esclusivamente in via eccezionale e residuale, dovendo la stazione appaltante altrimenti sempre preferire le procedure aperte o ristrette. L'art. 58, comma 18, stabilisce inoltre il divieto di ricorrere al dialogo competitivo in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza. Inoltre nell'art. 58, comma 3, si prevede che il provvedimento con cui la stazione appaltante decide di ricorrere al dialogo competitivo debba sempre contenere specifica motivazione in merito alla sussistenza dei presupposti relativi alla complessità dell'appalto.



In materia di lavori, ai sensi dell'art. 58, comma 1, del Codice, il ricorso al dialogo competitivo è consentito previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, e comunque ad esclusione dei lavori relativi ad infrastrutture strategiche. Per i lavori di cui alla parte II, titolo IV, capo II, è altresì richiesto il parere del Consiglio Superiore dei beni culturali. I citati pareri sono resi entro 30 giorni dalla richiesta; decorso tale termine, la stazione appaltante può comunque procedere.

5.3. La procedura del dialogo competitivo

5.3.1. LA PRIMA FASE: LA SELEZIONE DEGLI OPERATORI ECONOMICI DA AMMETTERE AL DIALOGO

La procedura di dialogo competitivo prende avvio con una prima fase nella quale le stazioni appaltanti pubblicano un bando di gara in cui rendono noti le necessità o obiettivi, che definiscono nel bando stesso o in un documento descrittivo che costituisce parte integrante del bando. In tali atti sono altresì indicati i requisiti di ammissione al dialogo competitivo, i criteri di valutazione delle offerte e il termine entro il quale gli interessati possono presentare istanza di partecipazione alla procedura.

Le stazioni appaltanti utilizzano dunque una procedura, che non si differenzia da quelle tradizionali, per l'ammissione al dialogo degli operatori economici che risultino soddisfare i predetti requisiti.

5.3.2. LA SECONDA FASE: LA SELEZIONE DELLA SOLUZIONE O DELLE SOLUZIONI DA METTERE A GARA

La prima fase termina dunque con la selezione dei candidati ammessi alla fase successiva, ossia quella relativa al dialogo vero e proprio tra la stazione appaltante ed i singoli operatori

economici. Le disposizioni contenute nell'art. 58 non indicano peraltro in maniera dettagliata le modalità di svolgimento di tale fase, ma si limitano a fornire solo qualche indicazione di massima. Da ciò si evince la possibilità per le stazioni appaltanti di regolamentare il dialogo a seconda delle esigenze contingenti date da ogni singolo appalto, tenuto naturalmente conto delle regole fissate nell'art. 58 del Codice.

In particolare, al comma 7 del suddetto articolo, è previsto che durante il dialogo le stazioni appaltanti devono garantire la parità di trattamento di tutti i partecipanti: esse non debbono fornire, in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni partecipanti rispetto ad altri. Al successivo comma è stabilito che le stazioni appaltanti non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte né altre informazioni riservate comunicate dal candidato partecipante al dialogo senza l'accordo di quest'ultimo. Da tali norme si evince dunque, per un verso, che le sessioni di dialogo dovranno essere condotte in maniera riservata: la stazione appaltante dovrà dunque incontrare singolarmente gli operatori selezionati, discutendo gli aspetti relativi esclusivamente alle soluzioni dagli stessi proposte, senza entrare nel merito di quelle concorrenti; per altro verso, la stazione appaltante dovrà garantire la par condicio nella divulgazione delle informazioni, evitando di avvantaggiare alcuni concorrenti a discapito di altri. Posti tali adempimenti, è previsto all'art. 58, comma 6, che nella fase del dialogo le stazioni appaltanti potranno discutere con i candidati ammessi tutti gli aspetti dell'appalto.

Nulla dispone il Codice in merito alla durata del dialogo: è pertanto nella facoltà delle stazioni appaltanti, attraverso un'indicazione in tal senso nel bando di gara e nel documento descrittivo, prevedere che la procedura di dialogo si svolga

in fasi successive in modo da ridurre il numero di soluzioni da discutere. Il dialogo peraltro prosegue finché la stazione appaltante non è in grado di individuare, se del caso dopo averle confrontate, la soluzione o le soluzioni che possano soddisfare le loro necessità o obiettivi.

La fase del dialogo può chiudersi o con esito negativo o con esito positivo. La prima ipotesi si verifica quando la stazione appaltante ritenga che nessuna delle soluzioni proposte soddisfi le proprie necessità o obiettivi. Nel caso in cui motivatamente decida in tal senso, la stazione appaltante dovrà informare immediatamente i partecipanti, ai quali peraltro, ai sensi dell'art. 58, comma 11, non spetta alcun indennizzo o risarcimento, salvo contraria previsione.

5.3.3. LA TERZA FASE: LA GARA SULLA SOLUZIONE (O SULLE SOLUZIONI) PRESCELTE

In caso di esito positivo, la stazione appaltante, dopo aver dichiarato concluso il dialogo e averne informato i partecipanti, li invita a presentare le loro offerte finali sulla base di una o più soluzioni selezionate. Tali offerte devono contenere tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto.

Si svolge dunque una gara che, ai sensi dell'art. 58, comma 4, potrà essere aggiudicata esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo le modalità di valutazione delle offerte fissate nel bando di gara o nel documento descrittivo.

La stretta interazione tra stazione appaltante ed operatori economici che caratterizza la procedura di dialogo competitivo continua peraltro sia nella fase di valutazione delle offerte sia successivamente a questa. Ai sensi dell'art. 58, comma 14, su richiesta della stazione appaltante le offerte possono infatti essere chiarite, precisate e perfezionate. Tuttavia tali precisazioni,

chiarimenti, perfezionamenti o complementi non possono avere l'effetto di modificare gli elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto quale posto in gara, la cui variazione rischi di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio. Ai sensi del successivo comma 16, l'offerente che risulta aver presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa può essere invitato a precisare gli aspetti della sua offerta o a confermare gli impegni in essa figuranti, sempre a condizione che ciò non abbia l'effetto di modificare elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto.

6. L'accordo quadro

6.1. Definizione

L'accordo quadro è un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste (art. 3, comma 13, del Codice).

6.2. Caratteristiche

L'istituto dell'accordo quadro costituisce una novità, introdotta dal Codice, per l'affidamento degli appalti nei settori ordinari.

Esso è uno strumento di programmazione e semplificazione per le pubbliche amministrazioni, che ha lo scopo di accorpare l'acquisizione di quei beni o servizi di tipo ripetitivo ed omogeneo, quando la stazione appaltante non è in grado di prevedere con anticipo le effettive quantità da acquistare.

Con l'accordo quadro la stazione appaltante seleziona uno o più operatori economici dai quali acquisterà, per un certo periodo di tempo, le forniture o i servizi oggetto dell'accordo,

secondo le condizioni previamente stabilite nell'accordo medesimo.

Il Codice, nella versione novellata dal secondo decreto correttivo, prevede che gli accordi quadro non sono ammessi per la progettazione e gli altri servizi di natura intellettuale.

6.3. Procedure per la conclusione di un accordo quadro

Per la conclusione di un accordo quadro la stazione appaltante segue una delle procedure ad evidenza pubblica - aperta, ristretta o qualora ne ricorrano le condizioni, negoziata - scegliendo uno dei criteri di aggiudicazione (massimo ribasso, offerta economicamente più vantaggiosa).

La stazione appaltante può decidere di concludere l'accordo quadro con uno o più operatori economici; in tale ultimo caso devono essere almeno tre, purché vi sia un numero sufficiente di operatori economici che soddisfano i criteri di selezione ovvero di offerte accettabili corrispondenti ai criteri di aggiudicazione.

6.4. Procedure per l'aggiudicazione di un appalto basato su un accordo quadro

Una volta concluso l'accordo quadro, per l'aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo si seguono le procedure previste all'art. 59.

La procedura volta all'aggiudicazione dell'appalto non potrà che svolgersi con i soggetti con i quali è stato concluso l'accordo.

In sede di aggiudicazione degli appalti pubblici basati su un accordo quadro le parti non possono in nessun caso apportare modifiche sostanziali alle condizioni fissate nello stesso accordo quadro.

L'accordo quadro:

- vincola il soggetto aggiudicatario all'espletamento delle prestazioni in favore della sta-

zione appaltante secondo le condizioni ivi stabilite;

- non vincola la stazione appaltante all'acquisto delle quantità di beni o servizi presuntivamente stimate nell'ambito dell'accordo, se non ne ha necessità.

Per la procedura di aggiudicazione dell'appalto occorre distinguere sia a seconda che l'accordo quadro sia stato concluso con un solo operatore o con più operatori economici sia a seconda che l'accordo quadro definisca o meno nel dettaglio tutte le condizioni alle quali dovrà essere espletato l'appalto.

6.4.1. ACCORDO QUADRO CONCLUSO CON UN SOLO OPERATORE

Nell'ipotesi di accordo quadro concluso con un solo operatore occorre distinguere se nell'accordo medesimo siano fissate o meno tutte le condizioni dell'appalto.

Nel caso di accordo nel quale sono previamente fissate tutte le condizioni alle quali dovrà essere espletato l'appalto, la stazione appaltante aggiudica all'operatore economico i singoli appalti entro i limiti ed alle condizioni stabilite nell'accordo medesimo.

Nel caso di accordo quadro nel quale non sono previamente fissate tutte le condizioni alle quali dovrà essere espletato l'appalto, la stazione appaltante potrà consultare per iscritto l'operatore economico, per chiedergli, se necessario, di completare la sua offerta.

6.4.2. ACCORDO QUADRO CONCLUSO CON PIÙ OPERATORI

Anche in caso di accordo sottoscritto con più operatori, occorre distinguere se siano fissate o meno tutte le condizioni dell'appalto.

Nel caso di accordo quadro nel quale sono previamente fissate tutte le condizioni alle qua-

li dovrà essere espletato l'appalto, la stazione appaltante, senza alcun confronto competitivo, aggiudica ad uno degli operatori economici con i quali ha concluso l'accordo secondo le condizioni stabilite nell'accordo. L'aggiudicazione dell'accordo contiene l'ordine di priorità degli operatori cui affidare i singoli appalti. Al riguardo la stazione appaltante deve privilegiare il criterio della rotazione.

Nel caso di accordo quadro nel quale non sono previamente fissate tutte le condizioni alle quali dovrà essere espletato l'appalto, la stazione appaltante dovrà necessariamente rilanciare un confronto competitivo tra i soggetti con i quali è stato sottoscritto l'accordo in base alle medesime condizioni, se necessario precisandole e, se del caso, ad altre condizioni, sempre indicate nel capitolato d'oneri dell'accordo quadro, secondo la procedura prevista nell'art. 58, comma 8:

- a) la stazione appaltante dovrà consultare per iscritto gli operatori economici con i quali è stato concluso l'accordo, che sono in grado di realizzare l'oggetto dell'appalto;
- b) la stazione appaltante dovrà fissare un termine sufficiente per presentare le offerte relative a ciascun appalto specifico, tenendo conto della complessità dell'oggetto dell'appalto e del tempo necessario per la trasmissione delle offerte medesime;
- c) la stazione appaltante dovrà tenere segreto il contenuto delle offerte - che devono essere presentate per iscritto - fino alla scadenza del termine previsto per la loro presentazione;
- d) la stazione appaltante dovrà aggiudicare ogni specifico appalto all'offerente che ha presentato l'offerta migliore sulla base del criterio di aggiudicazione fissato nel capitolato d'oneri dell'accordo quadro.

6.5. Durata

Il Codice stabilisce espressamente in quattro anni il limite di durata massima di un accordo quadro, salvo casi eccezionali debitamente motivati, in particolare, dall'oggetto dell'accordo quadro (art. 59, comma 9).

Lo scopo della predetta previsione è quello di tutelare la concorrenza, atteso che un accordo di lunga durata potrebbe nuocere alle imprese non aggiudicatrici dell'accordo che si vedrebbero escluse da un numero cospicuo di affidamenti.

Peraltro, sempre a tutela della concorrenza, il Codice stabilisce espressamente che le stazioni appaltanti non possono ricorrere agli accordi quadro in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.

6.6. L'adesione ad un accordo quadro conclusa da una centrale di committenza

6.6.1. DEFINIZIONE DI CENTRALE DI COMMITTENZA

La centrale di committenza è un'amministrazione aggiudicatrice che:

- acquista forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o ad altri enti aggiudicatori, o
- aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o ad altri enti aggiudicatori (art. 3, comma 34).

6.6.2. GLI ACCORDI QUADRO STIPULATI DALLE CENTRALI DI COMMITTENZA

Per l'acquisizione di servizi e forniture (nonché di lavori), un'amministrazione, anziché espletare direttamente un appalto o concludere un accordo quadro, può ricorrere ad una Centrale di committenza.

La giurisprudenza ha chiarito che la procedura di adesione ad accordi-quadro stipulati da una

centrale di committenza non integra alcuna elusione o deroga alle regole sulle gare ad evidenza pubblica.

Tale procedura costituisce, in realtà, fedele applicazione nel nostro ordinamento delle regole dell'Unione Europea, che ha esteso agli appalti ordinari l'utilizzo degli accordi quadro, prima utilizzabili solo nei c.d. settori esclusi.

7. Il sistema dinamico di acquisizione

7.1. Definizione

Il sistema dinamico di acquisizione è un processo di acquisizione interamente elettronico, per acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze di una stazione appaltante, limitato nel tempo e aperto per tutta la sua durata a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione e che abbia presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'oneri (art. 3, comma 14).

La disciplina di tale processo è contenuta nell'art. 60 del Codice.

7.2. Caratteristiche

I sistemi dinamici di acquisizione, che costituiscono una novità introdotta dal Codice, si caratterizzano per essere sistemi di gara interamente elettronici, che consentono alle amministrazioni l'utilizzo di procedure per l'appunto "dinamiche", semplificate e trasparenti, garantendo comunque la massima concorrenzialità dell'affidamento.

Anzi, l'istituzione di una sorta di elenco telematico di fornitori sul sito internet della stazione appaltante consente la massima pubblicità del sistema, con maggiori possibilità di coinvolgere un più ampio numero di concorrenti nella competizione.

Tali sistemi, stante le modalità telematiche di selezione dei partecipanti e di valutazione delle offerte, possono essere utilizzati solo per acquisire forniture di beni e servizi tipizzati e standardizzati, di uso corrente, che consentono la comparazione delle offerte mediante il ricorso a strumenti elettronici. Da ciò l'espressa esclusione dell'utilizzo di un sistema dinamico per l'affidamento di appalti di servizi o forniture da realizzare con complesse specifiche tecniche.

7.3. L'istituzione di un sistema dinamico di acquisizione

7.3.1. LA PROCEDURA PER L'AVVIO DEL SISTEMA

Le stazioni appaltanti che intendono istituire un sistema dinamico di acquisizione devono seguire le norme della procedura aperta in tutte le sue fasi fino all'attribuzione degli appalti da aggiudicare nell'ambito del sistema. Pertanto, come avviene per le suddette procedure, tutti i soggetti che soddisfano i criteri di qualificazione e che hanno presentato un'offerta devono essere ammessi nel sistema. A tal proposito, è previsto altresì che, per tutta la durata del sistema dinamico di acquisizione, le stazioni appaltanti debbano accordare, a qualunque operatore economico abbia interesse, la possibilità di presentare un'offerta indicativa per l'ammissione al sistema.

Sia per l'istituzione del sistema sia per l'aggiudicazione degli appalti nell'ambito del sistema medesimo, le stazioni appaltanti utilizzano esclusivamente mezzi elettronici conformemente all'art. 77, commi 5 e 6.

Ai fini dell'istituzione di un sistema dinamico di acquisizione la stazione appaltante dovrà:

- a) pubblicare un bando di gara, indicando che si tratta di un sistema dinamico di acquisizione;
- b) precisare nel capitolato speciale d'appalto, tra l'altro, la natura degli acquisti previsti che

sono oggetto del sistema, nonché tutte le informazioni necessarie riguardanti il sistema di acquisizione, l'attrezzatura elettronica utilizzata nonché i dettagli pratici e le specifiche tecniche di connessione;

- c) offrire per via elettronica, dalla pubblicazione del bando e fino a conclusione del sistema, l'accesso libero, diretto e completo al capitolato d'oneri ed a qualsiasi documento complementare ed indicare nel bando di gara l'indirizzo internet presso il quale è possibile consultare tali documenti.

È vietato alla stazione appaltante di porre a carico degli operatori economici interessati o dei partecipanti al sistema contributi di carattere amministrativo.



Articolo 77, commi 5 e 6

Quando le stazioni appaltanti chiedano o acconsentano alle comunicazioni per via elettronica, gli strumenti da utilizzare per comunicare per via elettronica, nonché le relative caratteristiche tecniche, devono essere di carattere non discriminatorio, comunemente disponibili al pubblico e compatibili con i prodotti della tecnologia dell'informazione e della comunicazione generalmente in uso. Le stazioni appaltanti che siano soggetti tenuti all'osservanza del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale), operano nel rispetto delle norme in esso contenute, nonché di quelle di attuazione ed esecuzione. In particolare, gli scambi di comunicazioni tra amministrazioni aggiudicatrici e operatori economici deve avvenire tramite posta elettronica certificata, ai sensi dell'art. 48, del suddetto decreto legislativo n. 82 del 2005, del decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68 e del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Ai dispositivi di trasmissione e ricezione elettronica delle offerte e ai dispositivi di ricezione elettronica delle domande di partecipazione si applicano le seguenti regole:

- a) le informazioni concernenti le specifiche necessarie alla presentazione di offerte e domande di partecipazione per via elettronica, ivi compresa la cifratura, sono messe a disposizione degli interessati. Inoltre i dispositivi di ricezione elettronica delle offerte e delle domande di partecipazione sono conformi ai requisiti dell'allegato XII, nel rispetto, altresì, del decreto legislativo n. 82 del 2005, per le stazioni appaltanti tenute alla sua osservanza;*
- b) le offerte presentate per via elettronica possono essere effettuate solo utilizzando la firma elettronica digitale come definita e disciplinata dal decreto legislativo n. 82 del 2005;*
- c) per la prestazione dei servizi di certificazione in relazione ai dispositivi elettronici della lettera a) e in relazione alla firma digitale di cui alla lettera b), si applicano le norme sui certificatori qualificati e sul sistema di accreditamento facoltativo, dettate dal decreto legislativo n. 82 del 2005;*
- d) gli offerenti e i candidati si impegnano a che i documenti, i certificati e le dichiarazioni relativi ai requisiti di partecipazione di cui agli articoli da 38 a 46 e di cui agli articoli 231, 232, 233, se non sono disponibili in formato elettronico, siano presentati in forma cartacea prima della scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione.*

7.3.2. LA FORMAZIONE DEL SISTEMA

Le stazioni appaltanti dovranno valutare le offerte indicative pervenute al fine di ammetterle o meno al sistema e quindi di formare una sorta di albo elettronico di operatori economici abilitati alle successive competizioni.

Il Codice prevede che la valutazione delle offerte indicative debba avvenire nel termine di 15 giorni decorrente dalla presentazione delle stesse.

La stazione appaltante può prolungare il periodo di valutazione dell'offerta indicativa a condizione che nel frattempo nessuno specifico appalto sia messo in concorrenza.

È consentito agli offerenti di migliorare in qualsiasi momento le loro offerte indicative, fermo restando che queste dovranno comunque risultare conformi al capitolato d'oneri.

La stazione appaltante dovrà informare al più

presto - il Codice non indica un termine preciso - l'offerente in merito alla sua ammissione nel sistema dinamico di acquisizione o al rigetto della sua offerta indicativa.

7.4. Procedura di aggiudicazione di uno specifico appalto

Per l'affidamento di uno specifico appalto di forniture o servizi oggetto del sistema la stazione appaltante dovrà porre in essere un confronto concorrenziale con tutti i soggetti ammessi al sistema medesimo.

La procedura si svolge in due fasi.

A) Prima fase

Prima di procedere al confronto concorrenziale, la stazione appaltante deve pubblicare un bando di gara semplificato con il quale invitare tutti gli operatori economici interessati a presentare un'offerta indicativa, entro un termine che non può essere inferiore a 15 giorni a decorrere dalla data di invio del suddetto bando.

La stazione appaltante potrà procedere al confronto concorrenziale soltanto dopo aver terminato la valutazione di tutte le offerte indicative acquisite entro tale termine.

B) Seconda fase

La stazione appaltante invita tutti gli offerenti ammessi nel sistema a presentare un'offerta per l'appalto specifico da aggiudicare nel quadro del sistema.

A tal fine fissa un termine sufficiente per la presentazione delle offerte.

L'appalto sarà aggiudicato all'offerente che ha presentato la migliore offerta in base ai criteri di aggiudicazione enunciati nel bando di gara per l'istituzione del sistema. È nella facoltà della stazione appaltante, ove occorra, precisare tali criteri nell'invito a presentare le offerte per l'appalto specifico.

7.5. Durata

Anche per i sistemi dinamici di acquisizione, come per gli accordi quadro, il Codice stabilisce espressamente in quattro anni il limite di durata massima, salvo casi eccezionali debitamente giustificati (art. 60, comma 13).

Tuttavia:

- negli accordi quadro, per tutta la durata dell'accordo, la stazione appaltante non può che stipulare gli specifici appalti con il soggetto o i soggetti con i quali è stato sottoscritto l'accordo. La limitazione temporale si configura così assolutamente necessaria, atteso che altrimenti sarebbero escluse dal mercato tutte le imprese non aggiudicatarie dell'accordo iniziale;
- nel sistema dinamico, la concorrenza tra operatori risulta comunque garantita, a prescindere dalla suddetta limitazione temporale, in virtù della possibilità dell'ingresso "dinamico" degli operatori nel sistema.

Peraltro, sempre a tutela della concorrenza, il Codice stabilisce espressamente che le stazioni appaltanti non possono ricorrere ai sistemi dinamici di acquisizione in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.

8. Gli affidamenti in economia di servizi e forniture

8.1. Definizioni

Le acquisizioni in economia sono acquisizioni di prestazioni contrattuali aventi ad oggetto servizi, forniture (ed anche lavori), che avvengono in maniera alternativa alle ordinarie procedure di gara e comunque per valori sotto soglia comunitaria.

Le acquisizioni in economia possono essere effettuate mediante:

- amministrazione diretta;

- cottimo fiduciario.

L'amministrazione diretta consiste nell'acquisizione effettuata con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio delle stazioni appaltanti, o eventualmente assunto per l'occasione, sotto la direzione del responsabile del procedimento (art. 125, comma 3).

Il cottimo fiduciario è una procedura negoziata in cui le acquisizioni avvengono mediante affidamenti a terzi (art. 125, comma 4).

8.2. Disciplina giuridica di riferimento

Il Codice, all'art. 125, detta la disciplina degli affidamenti in economia. In via generale, al comma 14 del suddetto articolo, viene precisato che i procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia sono disciplinati nel rispetto di quanto stabilito nell'art. 125, nonché nel rispetto dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal Codice e dal Regolamento di attuazione del Codice medesimo.

A tal proposito le norme transitorie del Codice prevedono che:

- fino all'entrata in vigore del Regolamento di attuazione le forniture e i servizi in economia siano disciplinati dal D.P.R. 20 agosto 2001, n. 384, recante il Regolamento di semplificazione dei procedimenti in economia per le amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, nonché per gli istituti e le scuole, nei limiti di compatibilità con le disposizioni del Codice;
- restino altresì in vigore, fino al loro aggiornamento, i provvedimenti emessi dalle singole amministrazioni aggiudicatrici in esecuzione dell'art. 2 del citato D.P.R. 20 agosto 2001, n. 384 (art. 253, comma 22).

8.3. Caratteristiche

Le acquisizioni in economia sono caratterizzate da un minore formalismo e da una maggiore snellezza della procedura rispetto alle gare ad evidenza pubblica. Solitamente le acquisizioni in economia sono finalizzate ad un'acquisizione rapida e diretta di beni e servizi di frequente o costante utilizzazione, ma di limitato valore. Nelle acquisizioni in economia le amministrazioni operano attraverso un responsabile del procedimento (art. 125, comma 2). Pertanto l'amministrazione agisce direttamente per mezzo di un funzionario pubblico, il responsabile del procedimento per l'appunto, cui vengono messi a disposizione i mezzi di finanziamento necessari per provvedere all'acquisizione (c.d. funzionario delegato).

Quando l'acquisizione avviene tramite il cottimo fiduciario il responsabile del procedimento mette in atto una procedura negoziata.

La caratteristica della procedura negoziata, ossia il diretto contatto dell'amministrazione, senza particolari vincoli formali, con i vari potenziali aggiudicatari prima di effettuare la scelta, si rinviene sia nel cottimo fiduciario sia nelle procedure negoziate di cui agli artt. 56 e 57 del Codice.

Tuttavia seppure il cottimo fiduciario si sostanzia in una procedura negoziata, occorre fare alcune precisazioni rispetto alle procedure negoziate disciplinate dai richiamati articoli. I presupposti e le condizioni per la scelta del cottimo fiduciario sono diversi da quelli delle procedure negoziate.

Come si dirà meglio di seguito, il ricorso al cottimo fiduciario, ed in genere alle acquisizioni in economia, è consentito per acquisti che non superano determinati importi, sempre sotto soglia comunitaria, e per tipologie di forniture e servizi previamente individuate da ciascuna

stazione appaltante. Le procedure negoziate di cui agli artt. 56 e 57, possono avere ad oggetto acquisti il cui valore supera la soglia di rilevanza comunitaria, ma sono consentite solo al ricorrere di particolari ipotesi eccezionali e tassative, quali ad esempio, l'urgenza, le particolari caratteristiche del bene o del servizio da acquisire, l'esperimento di una precedente gara andata deserta.

8.4. Condizioni di ammissibilità

Come già accennato, il ricorso agli acquisti in economia è consentito a due condizioni:

- che non siano superati i limiti di importo espressamente stabiliti;
- che riguardino tipologie di forniture e servizi previamente individuate da ciascuna stazione appaltante.

Quanto ai limiti di importo le forniture e i servizi in economia sono ammessi per importi inferiori alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'art. 28. Anche tali limiti pertanto sono suscettibili di modifiche, perché seguono lo stesso meccanismo di adeguamento previsto per la determinazione delle soglie di rilevanza comunitaria (art. 125, comma 9).

Il Codice precisa espressamente che nessuna prestazione di beni, servizi (come pure lavori), ivi comprese le prestazioni di manutenzione, periodica o non periodica, può essere artificialmente frazionata allo scopo di sottoporla alla disciplina delle acquisizioni in economia (art. 125, comma 13).

Quanto alla tipologia delle forniture e dei servizi il Codice stabilisce che l'acquisizione in economia di beni e servizi è ammessa in relazione all'oggetto e ai limiti di importo delle singole voci di spesa, preventivamente individuate con provvedimento di ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche esigen-

ze (art. 125, comma 10).
Salve le ipotesi di cui si dirà di seguito, affinché una pubblica amministrazione possa acquisire servizi e forniture in economia, occorrerà la sussistenza di entrambe le sopra indicate condizioni di ammissibilità.



Nel rispetto del limite massimo di spesa previsto dal Codice, ciascuna amministrazione può modulare differenzialmente i limiti di spesa a seconda delle diverse tipologie di beni e servizi acquisibili in economia, indicando per ogni voce di spesa il relativo importo, in relazione alle proprie specifiche esigenze.

8.4.1. LE SPECIFICHE IPOTESI IN PRESENZA DELLE QUALI È ALTRESÌ CONSENTITO IL RICORSO ALL'ACQUISIZIONE IN ECONOMIA

Il Codice consente altresì il ricorso all'acquisizione in economia di beni e servizi nelle seguenti ipotesi:

- a) risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, o in danno del contraente inadempiente, quando ciò sia ritenuto necessario o conveniente per conseguire la prestazione nel termine previsto dal contratto;
- b) necessità di completare le prestazioni di un contratto in corso, ivi non previste, se non sia possibile imporne l'esecuzione nell'ambito del contratto medesimo;
- c) prestazioni periodiche di servizi, forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, nella misura strettamente necessaria;
- d) urgenza, determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, ovvero per il

patrimonio storico, artistico, culturale (art. 125, comma 10).

Il ricorso all'acquisizione in economia nelle predette ipotesi è consentito:

- comunque nel rispetto del limite massimo di spesa;
- indipendentemente dalla circostanza che i beni e servizi da affidare siano ricompresi nella tipologia di beni e servizi previamente individuati con proprio provvedimento dall'amministrazione che intende procedere con l'affidamento.

8.5. Modalità di affidamento

Quando le acquisizioni in economia non sono effettuate mediante amministrazione diretta, e quindi con materiali e mezzi propri dell'amministrazione sotto la direzione del responsabile del procedimento, quest'ultimo dovrà procedere all'affidamento a terzi tramite cottimo fiduciario.

Per acquisti di servizi e forniture di importo inferiore a € 20.000,00 il responsabile del procedimento può procedere all'affidamento diretto (art. 125, comma 11).

Per acquisti di servizi e forniture di importo pari o superiori a € 20.000,00 (ovviamente entro il limite massimo di spesa acquisibile in economia) il responsabile del procedimento dovrà procedere all'affidamento mediante una procedura competitiva previo invito ad almeno 5 operatori economici (art. 125, comma 11).

Occorre precisare che l'affidamento diretto non è obbligatorio. Con riguardo alle concrete esigenze della stazione appaltante il responsabile del procedimento valuterà l'opportunità di rivolgersi direttamente ad un determinato fornitore o prestatore di servizi o di chiedere comunque dei preventivi a più di un soggetto.



Il D.P.R. 20 agosto 2001, n. 384, prevede all'art. 5, comma 4, che in caso di beni e servizi connessi ad impellenti ed imprevedibili esigenze di ordine pubblico, il limite dell'importo per affidamento diretto è innalzato a €. 40.000,00. Sebbene il Codice abbia espressamente abrogato solo gli artt. 2 e 7 del citato Decreto, tale previsione è da ritenersi implicitamente abrogata perché incompatibile con le disposizioni del Codice.

8.5.1. LA PROCEDURA DI COTTIMO FIDUCIARIO

Le fasi nelle quali si articola la procedura di cottimo possono così sintetizzarsi:

- il responsabile del procedimento deve consultare almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento. Gli operatori economici possono essere individuati:
 - sulla base di indagini di mercato, che consistono in sondaggi e ricerche informali, fatte preliminarmente alla procedura, volte ad acquisire sostanzialmente informazioni sulle imprese operanti sul mercato e sui prezzi correnti;
 - ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante, a cui possono chiedere l'iscrizione tutti i soggetti interessati, previa dimostrazione dei requisiti di qualificazione necessari, che devono essere aggiornati con cadenza almeno annuale;
- il responsabile del procedimento invita i soggetti individuati con apposita lettera di invito, che di regola deve contenere:
 - l'oggetto della prestazione;
 - le eventuali garanzie;
 - le caratteristiche tecniche;
 - la qualità e le modalità di esecuzione;
 - i prezzi;
 - le modalità di pagamento;
 - la dichiarazione di assoggettarsi alle condizioni e penalità previste e di uniformarsi alle vigenti disposizioni;
- il responsabile del procedimento procede all'esame ed alla scelta del contraente in base all'offerta più vantaggiosa, in relazione a quanto previsto nella lettera d'invito. Per offerta più vantaggiosa deve intendersi l'offerta migliore che può essere scelta sia al prezzo più basso sia all'offerta economicamente più vantaggiosa;
- ai fini della scelta il responsabile del procedimento deve tener conto del fatto che il soggetto affidatario dei servizi e forniture (come pure dei lavori) in economia deve essere in possesso dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico - professionale ed economico - finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente;
- una volta scelto l'affidatario, l'accordo con il medesimo potrà essere sancito con scrittura privata semplice o con lettera con la quale si dispone l'ordinazione dei beni o dei servizi; sia nel contratto che nella lettera d'ordinazione occorrerà riportare quanto stabilito nella lettera d'invito. Il responsabile del servizio è il soggetto deputato alla sottoscrizione del contratto o della lettera di ordinazione;
- per le spese superiori a € 20.000,00 occorre la verifica della prestazione. Ed infatti i beni ed i servizi sono soggetti rispettivamente a collaudo o attestazione di regolare esecuzione entro venti giorni dall'acquisizione. Il collaudo è eseguito da impiegati nominati dal dirigente competente, che però non abbiano partecipato al procedimento di acquisizione dei beni e servizi;
- i pagamenti delle prestazioni sono disposti entro 30 giorni dalla data del collaudo o dell'attestazione di regolare esecuzione o, se successivi, dalla data di presentazione delle fatture. Ai

pagamenti si può provvedere anche mediante aperture di credito emesse a favore di funzionari delegati;

- nel caso in cui l'affidatario non adempia ai propri obblighi la pubblica amministrazione potrà decidere se avvalersi della risoluzione contrattuale e del risarcimento danni o se chiedere l'esecuzione in danno previa diffida.



Si impugna l'aggiudicazione che segue ad una procedura in economia per l'affidamento a terzi mediante cottimo fiduciario del servizio di ordinaria e straordinaria manutenzione delle parti meccaniche di automezzi. Il Giudice amministrativo adito ha ritenuto che le procedure di cottimo fiduciario, pur procedimentalizzate, non richiedono il rispetto della disciplina prevista nel Codice per le procedure aperte e ristrette. Ciò è evidente alla luce del richiamo contenuto nell'art. 125 al mero rispetto dei principi, salva l'ipotesi in cui sia la stessa stazione appaltante ad autolimitarsi nella lex specialis di gara.

Da ciò il Giudice fa discendere che:

a) sia da considerarsi legittima la valutazione tecnico-discrezionale, da parte della stazione appaltante, dei profili qualitativi dell'offerta nonostante la già avvenuta conoscenza delle offerte economiche, in considerazione del fatto che la lex specialis non prescriveva la netta e rigorosa separazione tra la valutazione del profilo economico e del profilo tecnico delle offerte;

b) sia legittima la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche in mancanza della predeterminazione dei criteri di valutazione degli aspetti tecnici e dei relativi elementi di ponderazione, stante la ravvisata inapplicabilità dell'art. 83 del Codice degli appalti pubblici (TAR Toscana, Firenze, sez. I, sentenza 11 settembre 2008, n. 1989).

Si segnala peraltro come la posizione espressa dal giudice amministrativo nella sentenza richiamata non è indicativa di un orientamento dominante in giurisprudenza. Al riguardo si osserva che anche negli affidamenti in economia non appare comunque possibile per le stazioni appaltanti prescindere né dalla separazione tra la valutazione del profilo tecnico e del profilo economico delle offerte presentate, né dalla predeterminazione dei criteri di valutazione degli elementi

qualitativi delle offerte e del relativo valore ponderale, né infine dalla pubblicità delle sedute di gara concernenti la verifica della documentazione amministrativa e l'apertura delle offerte economiche (TAR Piemonte, Torino, sez. II, 2 luglio 2008, n. 1445; TAR Veneto, sez. I, 10 dicembre 2007, n. 3926).

9. Gli acquisti mediante Consip S.p.a.

Il ricorso alla centrale di committenza pubblica Consip S.p.a. costituisce un'ulteriore procedura di acquisto tra quelle a disposizione delle stazioni appaltanti per l'approvvigionamento di beni o servizi.

Il presupposto normativo di tale prerogativa risiede nel combinato disposto dell'art. 33 del Codice, il quale prevede che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori possono acquisire (lavori), servizi e forniture facendo ricorso a centrali di committenza e dell'art. 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 in materia di acquisiti di beni e servizi (legge finanziaria 2000).

Le disposizioni di legge richiamate, e specificatamente la legge finanziaria del 2000, rappresentano le basi su cui poggia l'innovativo sviluppo del concetto di acquisto elettronico (c.d. e-procurement) delle pubbliche amministrazioni con il fine di modificare i processi di acquisto in chiave di semplicità, trasparenza e razionalizzazione.

Obiettivo di tale modalità di acquisizione è di consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di semplificare complessivamente le fasi di approvvigionamento, mediante strumenti di supporto informatico, selezionando tipologie di beni e servizi predefiniti o rivolgendosi ad operatori economici previamente individuati dalla centrale di committenza.

La Consip S.p.a. (www.acquistinretepa.it) ha approntato un modello di offerta a favore delle amministrazioni che si incardina su due strumenti:

- il sistema delle convenzioni, c.d. negozi

elettronici;

- il mercato elettronico della pubblica amministrazione, c.d. Mepa.

Si evidenzia immediatamente il diverso ambito di operatività delle due modalità:

- il negozio elettronico si rivolge agli acquisti per volumi sia sopra soglia comunitaria sia sotto soglia comunitaria;
- il mercato elettronico si rivolge esclusivamente agli acquisti per volumi sotto soglia comunitaria.

L'offerta si differenzia per i seguenti aspetti:

- nel caso del negozio elettronico vengono approntate dalla centrale di committenza convenzioni quadro per beni e servizi specifici, con predeterminate specifiche tecniche da un determinato operatore economico (in base ad un lotto, generalmente, regionale o interregionale);
- nel caso del mercato elettronico la stazione appaltante consulta cataloghi di beni e servizi, con diversificate specifiche tecniche, resi disponibili da più operatori economici (in base ad un lotto, generalmente, regionale o interregionale) già abilitati dalla centrale di committenza.

Ulteriore fattore distintivo tra le due forme di acquisto è rappresentato dall'elemento economico:

- i negozi elettronici non consentono di modificare le condizioni di prezzo dei beni e dei servizi, già individuate dall'aggiudicazione svolta dalla concessionaria, atteso che questo è dato non variabile; la stazione appaltante ha come unica azione possibile l'adesione o meno alla convenzione;
- il mercato elettronico consente di interpellare un novero di operatori economici per ottenere diverse condizioni economiche. Le modalità sono disciplinate dall'art. 11 del

D.P.R. 4 aprile 2002, n. 101.

Il modello di funzionamento delle convenzioni si basa su un rapporto trilaterale, che si perfeziona direttamente tra pubblica amministrazione e fornitore (ordine e fatturazione) e in cui la Consip S.p.a. interviene esclusivamente per attività preliminari di monitoraggio delle esigenze a livello aggregato delle stazioni appaltanti (fabbisogni e requisiti minimi) e sull'operatore economico mediante verifiche ispettive. L'acquisto assicura pertanto la semplificazione complessiva del processo di approvvigionamento, riducendo le procedure amministrative per l'amministrazione su cui non incombe obbligo di svolgimento di procedure di gara.

Di contro il mercato elettronico, pur rappresentando il luogo di incontro virtuale tra stazione appaltante e operatori economici, non libera l'amministrazione dall'osservanza delle norme in tema di contratti sotto soglia comunitaria disciplinati dal Codice e di affidamenti in economia ai sensi del D.P.R. n. 384 del 2001.

Infatti il mercato elettronico permette di effettuare invii di ordini di acquisto:

- diretti con immediata aggiudicazione virtuale;
- successivi alle richieste di offerte ed al confronto tra più condizioni economiche.

In quest'ultimo caso l'applicazione informatica è in grado di predisporre una graduatoria degli offerenti, consentendo all'amministrazione di selezionare l'offerta più conveniente ed emettere l'ordine di acquisto.



I Decreti del MEF

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze emana due distinti decreti, entro il mese di gennaio il primo ed entro il mese di marzo il secondo, inerenti, rispettivamente, l'obbligo:

- *di adesione alle convenzioni quadro della Consip S.p.a. ai sensi dell'art. 1 comma 449 della legge 27 dicembre 2006, n. 296: "con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze sono individuati, entro il mese di gennaio di ogni anno, tenuto conto delle caratteristiche del mercato e del grado di standardizzazione dei prodotti, le tipologie di beni e servizi per le quali tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche, ..., sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni-quadro". Si veda, per l'anno 2008, il D.M. 23 gennaio 2008 e per l'anno 2009 il D.M. 17 febbraio 2009;*
- *di ricorso alla Consip S.p.a. quale stazione appaltante per l'espletamento della gara d'appalto mediante delega o espletamento di accordo quadro ai sensi dell'art. 2 comma 574 della legge 24 dicembre 2007, n. 244: "il Ministero dell'economia e delle finanze, sulla base dei prospetti contenenti i dati di previsione annuale dei fabbisogni di beni e servizi ..., individua, entro il mese di marzo di ogni anno, con decreto, segnatamente in relazione agli acquisti d'importo superiore alla soglia comunitaria, secondo la rilevanza del valore complessivo stimato, il grado di standardizzazione dei beni e dei servizi ed il livello di aggregazione della relativa domanda, nonché le tipologie dei beni e dei servizi non oggetto di convenzioni stipulate da Consip S.p.a. per le quali le amministrazioni statali centrali e periferiche, ..., sono tenute a ricorrere alla Consip Spa, in qualità di stazione appaltante ai fini dell'espletamento dell'appalto e dell'accordo quadro, anche con l'utilizzo dei sistemi telematici". Si veda, per l'anno 2009, il D.M. 12 febbraio 2009. Sino all'emanazione dei successivi decreti rimangono comunque in vigore le disposizioni dell'anno precedente.*



La verifica di regolarità contributiva e le procedure telematiche

Si evidenzia che tutti gli adempimenti connessi alla verifica della regolarità contributiva non trovano deroghe o modifiche nel caso dell'e-procurement rispetto alle procedure tradizionali, considerato, peraltro, che la fatturazione e la liquidazione delle prestazioni attongono ad un momento successivo rispetto all'adesione ad una convenzione o all'aggiudicazione tramite mercato elettronico.

10. Gli affidamenti in house: l'evoluzione della disciplina normativa e della giurisprudenza comunitaria e nazionale

10.1. Definizione

Le amministrazioni pubbliche fanno frequente ricorso allo strumento societario per garantirsi la disponibilità di beni e servizi. Ciò attraverso la partecipazione pubblica al capitale sociale

che può essere totale, maggioritaria ovvero minoritaria.

In tale sistema l'espressione in house providing si riferisce al fenomeno per cui l'amministrazione, al fine di approvvigionarsi di beni o servizi, non si rivolge al mercato (attraverso il cosiddetto sistema di contracting out), ma si avvale invece di una società, che seppure si configura quale soggetto formalmente terzo rispetto all'amministrazione, in presenza di determinate condizioni ne viene sostanzialmente considerata come facente parte. Dalla mancanza dell'elemento della terzietà del rapporto tra la stazione appaltante e la società (in house) vengono fatte discendere una serie di conseguenze ed in primo luogo l'inapplicabilità della disciplina normativa che regola l'affidamento degli appalti pubblici. In definitiva, la circostanza per cui il soggetto affidatario non è soggetto estraneo rispetto alla stazione appaltante consente la possibilità di un affidamento diretto, senza che possano dirsi così violate le

regole dell'evidenza pubblica ed in particolare senza che possa dirsi eluso il principio di concorrenza tra imprese. L'espressione in house providing compare peraltro per la prima volta nel Libro bianco del 1998, nel quale la Commissione Europea, con riferimento al settore degli appalti pubblici, qualifica come appalti in house "quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra un'amministrazione centrale e una locale o, ancora, tra un'amministrazione ed una società interamente controllata".



Il fenomeno dell'in house providing, che consente l'affidamento diretto di un appalto, va tenuto distinto da quello del cosiddetto partenariato pubblico-privato e dunque dalle società a capitale misto pubblico-privato. Sebbene entrambi detti fenomeni si riferiscano infatti alla categoria generale delle società pubbliche, donde i numerosi punti di contatto, parzialmente differente è stata l'evoluzione normativa e dunque la sorte che il nostro legislatore sembra avere a tali istituti riservato.

10.2. La disciplina dell'in house providing

Il Codice non prevede una disciplina dell'in house providing nei settori ordinari.

La regolamentazione dell'istituto è stata affidata essenzialmente all'elaborazione giurisprudenziale, in primo luogo della giurisprudenza comunitaria che, a partire dalla fine degli anni novanta del secolo scorso, è stata chiamata ad intervenire per decidere su controversie sorte in merito alle frequenti ipotesi di affidamenti diretti da parte di amministrazioni pubbliche nei confronti di società dalle stesse partecipate.

A partire dalla sentenza Teckal (C. Giust. CE, 18 novembre 1999, C-107-98) sono stati quindi individuati i presupposti e le condizioni in

presenza dei quali una società può essere considerata in house e dunque risultare affidataria di un appalto senza il previo esperimento di una gara pubblica. Questi sono integrati dalla duplice circostanza: a) che l'amministrazione eserciti nei confronti della società un controllo analogo rispetto a quello che esercita sui propri servizi; b) che la società svolga la propria attività prevalentemente nei confronti dell'amministrazione che la controlla.

Tali presupposti sono stati nel tempo oggetto di numerosi interventi della giurisprudenza, comunitaria e nazionale. Va peraltro evidenziato come l'elaborazione giurisprudenziale abbia nel tempo confinato l'in house in spazi di applicabilità sempre più ristretti. Nella medesima direzione è andato il nostro legislatore nazionale con l'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248, che ha previsto il divieto per le società in house di operare oltre i confini del territorio di pertinenza del socio pubblico di riferimento.



Il legislatore nazionale ha peraltro espressamente previsto il ricorso all'in house nella materia dei servizi pubblici locali, così come disciplinata nel D. Lgs. n. 267 del 2000. L'art. 113, comma 5, del suddetto decreto prevede, per i servizi di rilevanza economica, che la titolarità del servizio sia conferita, tra le diverse opzioni, a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano. Tale articolo, peraltro, deve coordinarsi con le previsioni contenute nell'art. 23 bis del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella L. 6 agosto 2008, n. 133, che, affermando che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene in via ordinaria a favore di imprenditori o di società individuati mediante procedure ad evidenza pubblica, pare relegare il ricorso all'in house ad ipotesi assolutamente eccezionali.

10.3. I presupposti dell'in house providing nella giurisprudenza comunitaria ed interna

Come ricordato, i presupposti del controllo analogo e dell'attività prevalente, originariamente individuati dalla sentenza Teckal del 1999 sono stati definiti e precisati nella loro portata sia dalla giurisprudenza comunitaria sia da quella nazionale del giudice amministrativo. In particolare, per quanto concerne il controllo analogo:

- è stata affermata la necessità che l'intero capitale sociale sia detenuto dal socio pubblico, così escludendo la possibilità di affidamenti diretti a società a capitale misto pubblico-privato (Stadt Halle, C. Giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/2003);
- è stato escluso che lo Statuto della società possa prevedere l'ingresso, anche successivo, di capitali privati; è stato escluso che gli organi di governo della società godano di ampia autonomia gestionale: l'azionista pubblico deve infatti avere la possibilità di influenzare l'agire imprenditoriale sia con riguardo agli obiettivi strategici, sia con riguardo alle decisioni più importanti assunte a livello societario. In definitiva, l'attività svolta dalla società in house deve essere sottoposta al controllo del socio pubblico sia nella fase di programmazione, e dunque della predisposizione degli obiettivi, sia nella fase gestionale, almeno per quel che concerne le decisioni maggiormente rilevanti (Parking Brixen, C. Giust. CE, 13 ottobre 2005, C-458/2003);
- è stata esclusa l'esistenza del controllo analogo in presenza della vocazione commerciale della società, individuata nella natura di società per azioni della medesima società, nell'ampliamento dell'oggetto sociale, nell'apertura a breve termine ad altri capitali, nell'espansione territoriale delle attività societarie all'intero territorio nazionale e all'estero.

Con riferimento al requisito dell'attività prevalen-

te, questo è stato precisato dalla giurisprudenza comunitaria attraverso espressioni eterogenee, quali "la parte più importante dell'attività", "l'attività principalmente destinata", "l'attività sostanzialmente destinata in via esclusiva", "la parte essenziale dell'attività". Il criterio maggiormente utilizzato per misurare l'attività svolta dalla società al fine di determinarne il carattere di prevalenza nei confronti del socio pubblico è stato peraltro quello del fatturato prodotto dalla società: il suddetto requisito sarà dunque integrato quando l'attività imprenditoriale svolta a favore del socio pubblico risulterà corrispondente ad una quota significativa del volume d'affari della società. Per quanto riguarda la posizione espressa in tema di in house providing dalla nostra giurisprudenza va segnalato l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 3 marzo 2008, n. 1, che ha sostanzialmente confermato l'orientamento della giurisprudenza comunitaria in tema di controllo analogo.



La questione decisa da Cons. St., Ad. Pl., 3 marzo 2008, n. 1, muove da una controversia sorta a seguito dell'affidamento diretto, da parte di una azienda sanitaria locale, ad una società mista della gestione dell'assistenza domiciliare territoriale. Il Consiglio di Stato, nella pronuncia in esame, ha in particolare ribadito, in tema di controllo analogo come il solo controllo societario totalitario non sia garanzia della ricorrenza dei presupposti dell'in house, occorrendo anche un'influenza determinante da parte del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni rilevanti. Viene altresì ricordato come, sempre ai fini della dimostrazione dell'esistenza del controllo analogo, si sia ritenuto essenziale il concorso dei seguenti ulteriori fattori, tutti idonei a concretizzare una forma di controllo che sia effettiva, e non solo formale o apparente: a) il controllo del bilancio; b) il controllo sulla qualità della amministrazione; c) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti; d) la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali (Cons. giust. amm. reg. sic., 4 settembre 2007, n. 719).



La Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Politiche Comunitarie – ha avuto modo di prendere posizione sull'in house providing con la Circolare 19 ottobre 2001, n. 12727 (G.U. n. 264 del 13 novembre 2001) in tema di "Affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici locali".

In tale documento è stato in particolare chiarito come la normativa europea sugli appalti pubblici, in particolare di servizi, non trovi applicazione, secondo l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, quando manchi un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti, come nel caso, secondo la terminologia della Corte, di delegazione interorganica o di servizio affidato, in via eccezionale "in house": tale circostanza si verifica in presenza dei requisiti del controllo analogo e della prevalente attività. Viene peraltro ricordato come, ad avviso delle istituzioni comunitarie, per controllo analogo si intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica in particolare quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario. In detta evenienza, pertanto, l'affidamento diretto della gestione del servizio è consentito senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica.

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

Dipartimento per le politiche di gestione e di sviluppo delle risorse umane

Capo del Dipartimento Giuseppina Perozzi

Via della Mercede 96 – 00187 Roma

Tel. 06 67795288 Fax 06 67795465

E-mail:segreteria@dipru@palazzochigi.it

Ufficio programmazione politiche di gestione e formazione del personale

Coordinatore Alessandra Gasparri

Autori del volume:

Prof. Avv. Alberto Zito

Ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Teramo e Docente nella SSPA

Dott. Salvatore Dettori

Ricercatore di diritto amministrativo e Docente di diritto degli appalti pubblici nell'Università di Teramo

Avv. Teresa Felicetti

Avvocato amministrativista esperto in materia di contratti pubblici

Dott. Ilario Sorrentino

Ufficiale dell'Arma dei Carabinieri ed esperto in materia di contratti pubblici

Piano dell'opera

VOL. 1°

Il mercato degli appalti pubblici

PARTE PRIMA

I principi e le tipologie contrattuali

PARTE SECONDA

Gli atti e le attività preliminari all'espletamento della procedura ad evidenza pubblica

VOL. 2°

L'evidenza pubblica

PARTE TERZA

La gestione della gara

VOL. 3°

Il contratto ed il contenzioso

PARTE QUARTA

La stipula del contratto ed il sistema dei controlli

PARTE QUINTA

I poteri di autotutela, l'esecuzione del contratto e la gestione del conflitto



Pubblicazione edita dalla **PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI**

Dipartimento per le politiche di gestione e di sviluppo delle risorse umane

Progetto grafico: The Big Fusion srl



Presidenza del Consiglio dei Ministri

DIPARTIMENTO PER L'INFORMAZIONE E L'EDITORIA