

## INDICE DEGLI ARGOMENTI

- 1) **Modifiche “in corsa” al Codice degli Appalti e disposizioni abrogate.**
- 2) **La riviviscenza della Legge 109/94 e s.m.i. per gli appalti di lavori *post* 1° Luglio 2006.**
- 3) **Quadro sistematico delle disposizioni del d.lgs. 163/06.**
- 4) **Regolamento attuativo e capitolati.**
- 5) **Il problema delle competenze costituzionali.**
- 6) **L’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.**
- 7) **Accesso agli atti.**
- 8) **Centrali di committenza.**
- 9) **Ambito soggettivo di applicazione del Codice.**
- 10) **Pubblicazione di bandi ed avvisi e termini di ricezione delle domande e delle offerte nelle gare di rilevanza comunitaria nei settori “ordinari”.**
- 11) **Tipologie di contratti.**
- 12) **Appalti “a corpo” e “a misura”.**
- 13) **La disciplina dei contratti misti.**
- 14) **Gli appalti multi-settori.**
- 15) **Cause di esclusione dalle gare.**
- 16) **L’aggiudicazione provvisoria/definitiva e la stipula del contratto.**
- 17) **La verifica “a campione” dei requisiti speciali.**
- 18) **Associazioni e consorzi di imprese.**
- 19) **L’istituto dello “avvalimento” dei requisiti.**
- 20) **Procedure di scelta del contraente.**
- 21) **Il dialogo competitivo.**
- 22) **L’accordo quadro.**
- 23) **Le aste elettroniche.**
- 24) **Criteri di aggiudicazione.**
- 25) **Commissioni aggiudicatrici.**
- 26) **La valutazione delle offerte anomale.**
- 27) **Disciplina specifica dei contratti sotto soglia.**
- 28) **Licitazione privata semplificata.**
- 29) **Il sistema di esecuzione in economia.**
- 30) **La disciplina dei settori speciali.**
- 31) **Le concessioni di lavori pubblici e le concessioni di servizi.**
- 32) **La progettazione.**
- 33) **Il contenzioso: accordo bonario e transazione.**

\* \* \* \* \*

### **1) Modifiche “in corsa” al Codice degli Appalti e disposizioni abrogate**

Sulla G.U.R.I. n. 160 del 12 Luglio 2006 è stata pubblicata la legge n. 228, di pari data, di conversione, con modifiche, del Decreto Legge 12 maggio 2006 n. 173, anche conosciuto come “Decreto Mille proroghe”, in quanto contenente una serie di disposizioni di modifica e rinvio di termini legislativi ed amministrativi.

Detta Legge di conversione, all’art. 1-*octies*, reca “Modifiche al decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, c.d. “Codice dei contratti pubblici”, emanato in esercizio della delega contenuta nella Legge comunitaria per l’anno 2004 (L. 62 del 2005), così disponendo:

*“1. Al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono apportate le seguenti modificazioni:*

*a) all’articolo 177, comma 4, la lettera f) è abrogata;*

*b) all’articolo 253, il comma 1 è sostituito dal seguente:*

*1. Fermo quanto stabilito ai commi 1-bis e 1-ter, le disposizioni di cui al presente Codice si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano*

*pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure e ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del presente Codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte;*  
c) all'articolo 253, dopo il comma 1 sono inseriti i seguenti:

*1-bis. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, nei settori ordinari e speciali, le seguenti disposizioni si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente al 1° febbraio 2007:*

- a) articolo 33, commi 1 e 2, nonché comma 3, secondo periodo, limitatamente alle sole centrali di committenza;*
- b) articolo 49, comma 10;*
- c) articolo 58;*
- d) articolo 59, limitatamente ai settori ordinari.*

*1-ter. Per gli appalti di lavori pubblici di qualsiasi importo, nei settori ordinari, le disposizioni degli articoli 3, comma 7, 53 commi, 2 e 3, e 56 si applicano alle procedure i cui bandi siano pubblicati successivamente al 1° febbraio 2007. Le disposizioni dell'articolo 57 si applicano alle procedure per le quali l'invito a presentare l'offerta sia inviato successivamente al 1° febbraio 2007;*

*d) all'articolo 257, dopo il comma 2 è inserito il seguente:*

*2-bis. Le disposizioni di cui all'articolo 8, comma 6, hanno efficacia a decorrere dal 1° febbraio 2007".*

Trattasi di disposizione di particolare importanza per il comparto degli appalti/contratti pubblici, in quanto immediatamente incidente sul regime del diritto transitorio, per come delineato dalla riforma.

In questa sede, lungi dal voler fornire soluzioni definitive alle problematiche interpretative che la novella pone, allo stato attuale, è dato ritenere che, con l'entrata in vigore del d.lgs. 163/06, a far data dal 1° Luglio u.s., giusto il disposto dell'art. 256 del Codice, sono abrogati:

tutti gli articoli della L.109/94 e s.m.i.; gli artt. 3, 4, 5, 6, 7, comma 6, 10, 16, comma 3, 55, 57, 59, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 87, comma 2, 88 comma 1, 89, comma 3, 91, comma 4, 92, commi 1, 2 e 5, 93, 94, 95, commi 5, 6 e 7, 115, 118, 119, 120, 121, 122, 142, comma 1, 143, comma 3, 144, commi 1 e 2, 149, 150, 151 del d.P.R. 554/99, in quanto sostanzialmente "confluiti" direttamente nel testo del Codice, dando luogo peraltro ad un interessante fenomeno di evoluzione gerarchica di tali prescrizioni che, dal rango regolamentare, sono oggi riproposte nel contesto di una fonte normativa sub-primaria e/o di Legge sostanziale.

Viceversa, ai sensi del combinato disposto degli artt. 253 e 256 del Codice, dopo il 1° Luglio, limitatamente ai soli ll.pp., restano in vigore:

- le rimanenti previsioni del d.P.R. 554/99, almeno fino all'emanazione del nuovo regolamento generale dei contratti pubblici ex art. 5 d.lgs. 163 cit.;
- tutte le previsioni del d.P.R. 34/2000;
- tutte le previsioni del d.m. 145/2000, ove espressamente richiamate in bando e/o capitolato speciale da parte delle amministrazioni pubbliche diverse dallo Stato.

A decorrere, poi, dal 4 Luglio 2006, a seguito dell'entrata in vigore del decreto legge n. 223/2006 risultano già abrogati gli artt. 92, comma 2, periodi secondo e terzo, e comma 4, e 164, comma 7, del Codice, in materia di minimi tariffari (arg. ex art. 2, d.l. 223/06);

- implicitamente abrogato l'art. 64, comma 1, lett. c), sub. d), del d.P.R. 554/99, in tema di riduzione percentuale delle voci di tariffario per le prestazioni rese in favore di Enti pubblici;
- integrato – sempre in via implicita – l'art.118 del Codice per effetto dell'art. 35, commi da 28 a 33 del d.l. 223 cit.

E, soprattutto, con l'entrata in vigore della Legge 228:

- è abrogata la lett. f), del comma 4, dell'art. 177 del Codice in materia di "general contractor";
- è modificato il comma 1 dell'art. 253 del Codice, nonché aggiunti i nuovi commi 1 bis ed 1 ter.

Conseguentemente, è rinviata al 1° febbraio 2007 l'entrata in vigore delle seguenti disposizioni:

- art. 33, commi 1 e 2, nonché comma 3, secondo periodo, in tema di centrali di committenza;
- art. 49, comma 10, in materia di avvalimento dei requisiti speciali di qualificazione alle gare (l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore dell'impresa principale);
- art. 58 avente ad oggetto il nuovo istituto del dialogo competitivo;
- art. 59, limitatamente ai soli "settori ordinari" ex Dir. 18/2004/UE, per quanto attiene al ricorso agli accordi quadro;
- limitatamente poi ai soli appalti di lavori pubblici nei "settori ordinari", gli artt. 3, comma 7, e 53, commi 2 e 3 (appalto integrato), 56 e 57 (procedure negoziate con e senza pubblicazione di bando);
- art. 8, comma 6, in materia di organizzazione del personale della Autorità di Vigilanza.

Dal delineato excursus consegue che, quantomeno avuto riferimento agli appalti di forniture e servizi, il "corpus" normativo di riforma è ormai pienamente cogente, di talché risultano ormai definitivamente innovate le modalità di pubblicazione dei bandi (soprattutto sottosoglia), le previsioni in materia di cauzione provvisoria, di composizione delle commissioni di gara, di verifica dell'anomalia delle offerte, di comprova "a sorteggio" dei requisiti di qualificazione.

Ad onor del vero, più che di profonda riforma, limitatamente al comparto dei servizi e forniture, sarebbe più corretto parlare di "allineamento ai lavori pubblici" delle procedure di affidamento, in considerazione dei concreti contenuti dell'operazione di drafting normativo operata dal Legislatore del c.d. "Codice de Lise". Buona parte dell'impianto normativo, infatti, trova oggi applicazione anche agli appalti "diversi" dai ll.pp., nel rispetto del principio di "omogeneizzazione" delle procedure amministrative per l'individuazione del contraente privato, varato dalle Direttive comunitarie di coordinamento delle suddette procedure.

## **2) La riviviscenza della Legge 109/94 e s.m.i. per gli appalti di lavori post 1° Luglio 2006.**

L'art. 1 *octies* della Legge 228 contiene il seguente comma 2, di fondamentale importanza per la individuazione del regime normativo applicabile agli appalti di lavori pubblici successivamente al 1° luglio e fino alla data di entrata in vigore dell'intero corpus normativo di riforma.

*"2. Le procedure di cui al comma 1, lettera c), del presente articolo i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati tra il 1° luglio 2006 e la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, quelle i cui inviti a presentare le offerte siano stati inviati nello stesso termine, restano disciplinate dalle disposizioni alle stesse applicabili alla data di pubblicazione dei relativi bandi o avvisi ovvero a quella di invio degli inviti. A tal fine, le disposizioni di cui all'articolo 256, comma 1, del citato Codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, riferite alle fattispecie di cui al comma 1, lettera c), del presente articolo, continuano ad applicarsi per il periodo transitorio compreso tra la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e il 31 gennaio 2007".*

Orbene, la previsione *de qua* sembrerebbe comportare effetti sospensivi dell'abrogazione della L. 109, che infatti continua ad aver efficacia limitatamente ai seguenti istituti relativi al proprio tradizionale ambito oggettivo e soggettivo di applicazione:

- appalto integrato (art. 19 L. 109 cit.);
- trattativa privata (art. 24 L. 109 cit.).

A prescindere dall'infelice formulazione del comma 2 dell'art. 1 *octies* cit. e, di conseguenza, omettendo ogni valutazione critica circa l'effettiva portata interpretativa della novella sul punto, deve gioco-forza ritenersi che per i lavori pubblici da "settore ordinario" di qualsiasi importo, è rinviato al 1° Luglio 2007 (ovvero alla diversa data di entrata in vigore del d.lgs. correttivo dell'attuale "Codice degli appalti"):

- il ricorso "libero" al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per la individuazione del contraente privato;
- il ricorso ai casi di procedura negoziata ex artt. 56 e 57 del Codice (in particolare, affidamenti di lavori complementari; lotti successivi).

Nelle more, resta ferma la possibilità del ricorso alla procedura negoziata di affidamento "per i lavori di importo complessivo non superiore a centomila euro" (così art. 122, comma 7, d.lgs. 163 cit., che ripropone i contenuti dell'art. 24, lett. 0a) della L. 109/94 e s.m.i.).

In conclusione, il varo della riforma ha assunto carattere presumibilmente definitivo solo per il comparto dei contratti di forniture e servizi; viceversa, per i lavori pubblici, lo stesso appare meramente parziale, stante l'immediata sospensione proprio di quelle disposizioni che avrebbero dovuto segnare invece il definitivo approdo della legislazione italiana ai principi di matrice comunitaria, con contestuale "riviviscenza" del regime più restrittivo (*rectius*: più garantistico), recato dalla "Legge Merloni".

### **3) Quadro sistematico delle disposizioni del d.lgs. 163/06**

Per una più agevole comprensione della materia trattata, va subito evidenziato che il Codice è suddiviso in 5 Parti, a loro volta suddivise in Titoli, Capi e Sezioni, che seguono lo sviluppo procedimentale di attuazione degli interventi e delle prestazioni oggetto di affidamento.

La Parte I (articoli 1-27) è dedicata alla trattazione dei principi generali della materia degli appalti pubblici.

La Parte II (articoli 28-205) concerne la disciplina degli appalti rientranti nei c.d. "settori ordinari" ed è suddivisa in 4 Titoli: il Titolo I riguarda i contratti di importo superiore alla soglia comunitaria (articoli 28-120); il Titolo II (articoli 121 - 125) i contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria; il Titolo III (articoli 126 - 194) detta disposizioni specifiche concernenti i lavori pubblici sia in tema di programmazione e di esecuzione (capo I), sia in tema di concessioni (capo II), sia in tema di finanza di progetto (capo III), sia, infine, in tema di infrastrutture strategiche (capo IV); il Titolo IV (articoli 195-205) riguarda i contratti nel settore della difesa (articoli 195-196) ed i contratti in materia di beni culturali (articoli 197-205).

La Parte III (articoli 206-238) concerne la disciplina dei contratti pubblici nei settori speciali e consta di 2 Titoli, relativi, il primo, ai contratti sopra soglia (articoli 206-237) ed il secondo ai contratti sotto soglia (articolo 238).

La Parte IV (articoli 239-246) disciplina il contenzioso.

La Parte V (articoli 247-257) contiene disposizioni di coordinamento finali, tra cui particolare rilievo presentano le disposizioni transitorie di cui all'art. 253.

### **4) Regolamento attuativo e capitolati**

Il d.lgs. 163/06 prevede l'emanazione di un regolamento di attuazione del Codice, contenente una disciplina cogente per le amministrazioni e gli enti statali e, limitatamente alle materie rientranti nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, per tutti gli altri soggetti appaltanti.

A questo proposito, si rammenta infatti che, ai sensi dell'art. 4, comma 3, del citato d.lgs.163, la competenza legislativa dello Stato si esplica, tra l'altro, anche nelle seguenti materie: qualificazione e selezione dei concorrenti; procedure di affidamento; criteri di aggiudicazione; subappalto; poteri di controllo assegnati dell'Autorità di vigilanza; attività di progettazione e piani di sicurezza; stipulazione ed esecuzione dei contratti; contabilità e collaudo; contenzioso.

Dal combinato disposto dell'art. 5, dell'art. 40 e dell'art. 253, si evince in sostanza che il nuovo regolamento dovrà essere adottato entro un anno dalla data di entrata in vigore del Codice ed entrerà in vigore 180 giorni dopo la pubblicazione; inoltre, saranno accorpate in un unico testo normativo gli attuali regolamenti n. 554/1999 e n. 34/2000 che, fino alla sua entrata in vigore, continueranno ad avere piena ed integrale vigenza.

È poi prevista (art. 5, comma 8) che, con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, l'adozione di un nuovo capitolato generale, contenente la disciplina di dettaglio dell'esecuzione del contratto, valevole per le amministrazioni statali e per gli enti pubblici nazionali alle stesse equiparati. Per le stazioni appaltanti diverse da quelle statali, è previsto che esse (art. 5, commi 7 e 9) possano agire in due diversi modi: a) richiamare nei propri atti di gara la disciplina del capitolato generale statale, che perciò in tal caso assume natura negoziale; b) adottare, con provvedimento del proprio organo deliberante un capitolato generale, concernente la generalità dei propri contratti. È poi prevista la possibilità che le stazioni appaltanti, sempre con proprio provvedimento amministrativo, adottino capitolati speciali tipo, contenenti la disciplina di dettaglio e tecnica di specifiche forme contrattuali.

In ogni caso, fino all'adozione del nuovo capitolato generale (sia di quello delle amministrazioni statali, sia di quello delle altre amministrazioni), continua a trovare applicazione l'attuale capitolato generale, approvato con d.m. 19 aprile 2000, n. 145.

## 5) Il problema delle competenze costituzionali

L'art. 4 d.lgs. 163/06 ha dettato una nuova disciplina in tema di suddivisione di competenze legislative tra Stato e Regioni.

In particolare, è stabilito che le Regioni non possano prevedere una disciplina diversa da quella del Codice, in materia di qualificazione e gare (selezione dei concorrenti, procedure, criteri di aggiudicazione); in materia di esecuzione dei contratti (compresi subappalto, direzione dei lavori, contabilità e collaudo) e in materia di contenzioso.

Ciò in quanto le procedure di affidamento vanno ricondotte alla nozione di "tutela della concorrenza"; i rapporti connessi all'esecuzione del contratto alla nozione di "ordinamento civile", e la materia del contenzioso alla "giurisdizione", materie tutte rientranti nell'ambito della potestà legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, comma 2, della Costituzione.

Vengono fatte rientrare, invece, nella competenza concorrente delle Regioni (in base alla quale queste possono legiferare, ma nel rispetto dei principi fondamentali del Codice) le materie della programmazione, dell'approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, dell'organizzazione amministrativa degli enti e dei soggetti preposti ai compiti e controlli inerenti la realizzazione delle opere, delle attribuzioni del responsabile del procedimento, della sicurezza del lavoro.

Infine, l'espressa eccezione contenuta al 3° comma dell'art. 4 sembra ricondurre alla competenza residuale (e perciò esclusiva) delle Regioni, di cui all'art. 117, comma 4, della Costituzione, tutti i profili di organizzazione amministrativa, inerenti il funzionamento dei soggetti pubblici preposti a tale materia, collegati ai predetti ambiti di competenza esclusiva statale.

La suddetta delimitazione di competenze costituisce sicuramente un risultato importante, in quanto, nel recente passato, si era determinata una situazione di accentuata confusione di ruoli, considerato che varie regioni ritenevano di poter legiferare incisivamente anche in materia di procedure di gara ed esecuzione del contratto.

La nuova normativa dovrebbe costituire, quindi, un punto definitivo sulla delimitazione delle competenze, con il risultato assai positivo di attribuire alla competenza statale materie, quali le procedure di gara e l'esecuzione del contratto, che non possono non avere una disciplina omogenea su tutto il territorio nazionale.

A queste considerazioni, devono aggiungersi quelle scaturite a seguito della sentenza n. 303/2003 della Corte Costituzionale, secondo cui «la mancata inclusione dei "lavori pubblici" nella elencazione dell'art. 117 Cost., diversamente da quanto sostenuto in numerosi ricorsi, non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti».

La citata pronuncia della Corte Costituzionale ha dunque superato *ex post* quelle legislazioni regionali che, in virtù della riforma del titolo V della Costituzione, si erano fondate sul presupposto che i lavori pubblici potessero costituire (per competenza residuale esclusiva) materia costituzionalmente attribuita alla legislazione regionale stessa.

Tutto ciò premesso, si deve ritenere che, dal 1° luglio 2006, non può essere disatteso il principio di efficacia formale della fonte giuridica. In pratica, se con le legislazioni regionali - venute fuori con la riforma del titolo V - spettava allo Stato rivolgersi alla Corte Costituzionale, ora spetta alle Regioni rivolgersi alla medesima in ordine all'art. 4 del Codice.

Questo significa che tale articolo avrebbe abrogato implicitamente le normative regionali dal 1° luglio 2006, qualora e finché il Codice stesso non dovesse essere caducato *in parte qua* dal Giudice delle leggi.

## 6) L'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici

Con l'unificazione della disciplina sui lavori, forniture e servizi, operata dal Codice, l'Autorità ha esteso la propria attività di vigilanza, pur restandone in linea generale immutati i compiti e la relativa regolamentazione.

Ciò non di meno, il d.lgs. 163 introduce significative innovazioni.

In primo luogo, all'Autorità viene attribuito espressamente il potere (art. 6, comma 7, lettera m) di annullare le attestazioni rilasciate alle imprese dalle SOA, in difetto dei presupposti che la legge stabilisce per detto rilascio. Il potere può essere esercitato, quando, a seguito di attività ispettiva, avviata d'ufficio o su segnalazione di soggetti interessati, l'Autorità accerti l'irregolarità amministrativa nel rilascio dell'attestazione. Il potere di annullamento non è però immediato, in quanto condizione necessaria per il suo esercizio è che l'Autorità accerti l'inerzia della SOA nel provvedere essa stessa alla revoca dell'attestazione. Soltanto in assenza di tale attività, la stessa Autorità potrà procedere all'annullamento diretto, in esercizio del suo potere sostitutivo.

Inoltre, la stessa disposizione attribuisce all'Autorità il potere di sospendere in via cautelare l'attestazione illegittimamente rilasciata, sulla falsariga di quello attribuito in via giurisdizionale ai Tribunali amministrativi, laddove l'Autorità ravvisi la sussistenza dell'illegittimità dell'operato della SOA.

Altra funzione di particolare rilievo attribuita all'Autorità, è quella di esprimere parere non vincolante, su richiesta dell'ente appaltante e di uno o più degli operatori economici interessati, in merito a questioni attinenti lo svolgimento della procedura di gara.

La *ratio* della norma è dunque quella di offrire uno strumento utile per evitare contenziosi giurisdizionali.

## 7) Accesso agli atti

Nel richiamare la disciplina contenuta nella legge n.241/90 e s.m.i., il d.lgs. 163 si cura di recepire i principi, peraltro già pacifici nella prassi amministrativa, in tema di divieto del diritto di accesso agli atti.

In particolare, il Codice chiarisce che l'accesso non è consentito: 1) nelle procedure aperte, relativamente all'indicazione di tutti i soggetti che hanno presentato offerta, fino alla scadenza del termine di presentazione delle offerte stesse; 2) nelle procedure ristrette e nelle gare informali, in relazione all'indicazione dei soggetti che hanno formulato richiesta di invito e dei soggetti che sono stati invitati, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte stesse; 3) in relazione alle offerte, prima dell'aggiudicazione definitiva, e cioè dell'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria. Quest'ultima prescrizione indurrebbe a ritenere che l'atto impugnabile in sede giurisdizionale sia unicamente l'aggiudicazione definitiva, posto che soltanto dopo questa è consentito il diritto di accesso; verrebbe così superata un'annosa diatriba giurisprudenziale, in ordine all'impugnabilità dell'aggiudicazione provvisoria, di quella definitiva o di entrambe.

Vengono poi espressamente esclusi dal diritto di accesso: a) le informazioni fornite dagli offerenti, nell'ambito delle offerte o delle giustificazioni, che costituiscano segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte stesse; b) i pareri legali; c) le relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle riserve dell'appaltatore.

Peraltro, mentre per gli atti sub b) e c) il divieto di accesso è assoluto, per quelli sub a), inerenti cioè gli aspetti delle offerte coinvolgenti segreti tecnici o commerciali, il diritto di accesso è consentito al concorrente che lo chiede "in vista della difesa in giudizio". In tal modo, l'interessato può, di fatto, accedere ai documenti segreti, ove manifesti l'intendimento di promuovere ricorso.

A questo riguardo, rimane peraltro irrisolto il problema del rapporto esistente tra il diritto di accesso agli atti e le norme sulla tutela della "privacy".

Sul tema è nuovamente intervenuto il Consiglio di Stato, il quale ha chiarito che l'interesse alla riservatezza, tutelato dalla normativa mediante una limitazione del diritto di accesso, recede quando l'accesso stesso sia esercitato per la difesa di un interesse giuridico, nei limiti in cui esso è necessario alla difesa di quell'interesse.

Il principio dell'accesso ai documenti, va riconosciuto, quindi, a chi abbia un interesse personale e concreto in relazione alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, con la conseguenza che il diritto non può essere consentito per finalità meramente esplorative, ossia per consentire di verificare l'utilità dei documenti richiesti ai fini della tutela di una situazione giuridica, utilità che, invece, precedentemente valutata dalla parte interessata, dovrebbe costituirne il presupposto.

Tuttavia, *“in presenza di un contrapposto diritto alla riservatezza (nel caso di specie, relativo a beni della vita tutelati da altre norme dell'ordinamento, quale il know how industriale), il diritto di accesso è idoneo a prevalere nella menzionata forma attenuata della visione degli atti solo in relazione a quegli atti o a quelle parti di documenti, la cui conoscenza è necessaria per curare o per difendere gli interessi giuridici del richiedente. Con particolare riguardo alle procedure di evidenza pubblica, la difesa degli interessi giuridici del partecipante alla gara, risultato non aggiudicatario, va limitata a quei documenti o parti di essi valutati dall'amministrazione per l'ammissione alla procedura, per la verifica della sussistenza dei requisiti di partecipazione e per la valutazione dell'offerta e l'attribuzione dei punteggi. Pertanto, deve essere riconosciuto il diritto del ricorrente di prendere visione dell'intera offerta presentata dalla società aggiudicataria, spettando però all'amministrazione l'adozione di adeguate misure di tutela della riservatezza (cancellature, omissis) in relazione alle eventuali parti dell'offerta, idonee a rivelare i segreti industriali e che non siano state in alcun modo prese in considerazione in sede di gara. In tal modo, non si tratta di rimettere all'amministrazione la verifica circa la necessità del documento per la cura o la tutela di interessi giuridici del privato; si tratta, invece, di imporre all'amministrazione di evidenziare gli elementi del progetto che ha valutato in favore dell'aggiudicatario (e conseguentemente di limitare l'accesso, nella forma della visione, a quei documenti o a quelle parti di documento). Tale soluzione consente di contenere la descritta prevalenza del diritto di accesso sul diritto alla riservatezza industriale nei limiti strettamente necessari alla cura o difesa degli interessi giuridici, precludendo anche la visione di quelle parti di documento, non utilizzate ai fini della positiva valutazione dell'offerta dall'aggiudicataria”* (cfr. Cons., Stato, Sez. VI, 7 giugno 2006, n. 3418).

Ne discende, dunque, che non può negarsi al soggetto istante l'accesso agli atti di gara purché esso sia titolare di un interesse concreto e attuale corrispondente ad una posizione giuridica meritevole di tutela.

## **8) Centrali di committenza**

Come precisato, l'art. 33 del Codice rientra nell'elenco delle disposizioni la cui efficacia è rinviata al 1° febbraio 2007 (salvo che per il primo periodo del comma 3), ai sensi dell'art. 1-octies della legge 228/06.

Ciò non di meno, la norma conferma, innanzitutto, il divieto per le amministrazioni di delegare le proprie funzioni di ente appaltante di lavori pubblici ad altri soggetti pubblici o privati (art. 19 legge 109/94). Pertanto, in linea di principio, ogni amministrazione deve procedere all'intera gestione dell'appalto di sua competenza con la propria organizzazione.

Tuttavia, vengono previste alcune deroghe a tale divieto. Infatti, è stabilita la possibilità per le amministrazioni di stipulare apposite convenzioni, finalizzate all'affidamento delle funzioni di stazione appaltante, relativamente ad una o più opere, con i SIIT, con le amministrazioni provinciali, nonché con le centrali di committenza, previste all'art. 11 della direttiva 2004/18.

Relativamente ai lavori, vengono a delinearsi così due forme di centrali di committenza: quelle istituzionalizzate e quelle scelte di volta in volta dall'amministrazione aggiudicatrice, che ritiene di delegare nel caso specifico le sue funzioni di stazione appaltante, sulla base di valutazioni di opportunità, oggetto di specifica motivazione.

Per quanto riguarda, in particolare, le centrali di committenza, va precisato che, secondo la definizione dell'art. 3, comma 34, esse devono essere amministrazioni aggiudicatrici, e cioè secondo la definizione dei precedenti commi 25 e 26, o un'amministrazione o un ente pubblico in senso stretto ovvero un organismo di diritto pubblico, e perciò anche una società finanziata in modo maggioritario da soggetti pubblici ovvero rispondente alle altre condizioni stabilite nel predetto comma 26.

## 9) Ambito soggettivo di applicazione del Codice

In via preliminare, va subito osservato che l'individuazione dei soggetti tenuti a vario titolo all'applicazione del Codice e, più in generale, delle disposizioni in materia di contrattualistica pubblica, è questione di particolare rilievo, già oggetto di accese dispute giurisprudenziali e dottrinarie nel previgente contesto normativo e sicuramente destinata a non sopirsi per effetto della "novella" in commento.

L'esperienza – infatti - suggerisce estrema cautela, viepiù là dove si consideri che il Codice c.d. "de Lise" è interessato da incisivi interventi di carattere correttivo, volti a modificare nella sostanza l'assetto complessivo della materia dei contratti e, dunque, anche e proprio il profilo di indagine qui in discussione relativo al c.d. "ambito soggettivo di applicazione" dell'impianto normativo.

In linea generale, è stabilito all'art. 32, comma 1, lettera a), che la normativa del Codice debba essere applicata da tutte le amministrazioni aggiudicatrici, intendendosi con tale definizione (art. 3, commi 25 e 26) le amministrazioni statali, gli enti pubblici territoriali, ogni altro ente pubblico, nonché – infine - gli organismi di diritto pubblico.

Come nel precedente assetto normativo, si ritiene che tale ultima nozione risulti di portata essenziale ed onnicomprensiva, in quanto volta ad identificare qualsiasi entità, avente anche forma privatistica, e perciò societaria, che risponda alle tre note caratteristiche: a) personalità giuridica; b) finalità di perseguire interessi collettivi e perciò senza connotazione industriale o commerciale; c) finanziata in modo maggioritario da soggetti pubblici ovvero assoggettata al controllo di questi ovvero, infine, dotata di un organo di amministrazione costituito da membri dei quali più della metà sia di designazione da parte dei medesimi soggetti pubblici.

Il Codice sembra inoltre assoggettare alla propria disciplina le società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, secondo la definizione di cui all'art. 3, comma 26, ma la cui attività realizza, in senso lato, beni non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza (dal che, *a contrario*, si desume innanzitutto che opere, beni e servizi, destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, non sono soggetti al Codice, cioè, in definitiva, alla normativa di diritto pubblico relativa agli appalti).

Analogamente, l'art. 219, 1° comma, stabilisce che *"Gli appalti destinati a permettere la prestazione di un'attività di cui agli articoli da 208 a 213 non sono soggetti al presente Codice se, nello Stato membro in cui è esercitata l'attività, l'attività è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili"*.

Soggiunge il comma 2 della medesima disposizione che *"Ai fini del comma 1, per determinare se un'attività è direttamente esposta alla concorrenza si ricorre a criteri conformi alle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza come le caratteristiche dei beni o servizi interessati, l'esistenza di beni o servizi alternativi, i prezzi e la presenza, effettiva o potenziale, di più fornitori dei beni o servizi in questione"*.

Si tratta, dunque, di un recepimento degli indirizzi giurisprudenziali in materia, secondo cui non sarebbero soggette alla normativa pubblicistica sugli appalti solo le intestazioni (*rectius*: gli affidamenti di servizi) effettuate su mercati concorrenziali, anche da parte di soggetti appartenenti, per il resto, alla categoria degli organismi di diritto pubblico.

Pertanto, sembrerebbe privilegiarsi l'aspetto "contenutistico" rispetto a quello della formale declaratoria soggettiva, in applicazione di quell'unanime principio giurisprudenziale secondo cui sussisterebbero effettivi spazi di inosservanza della disciplina pubblicistica e segnatamente della possibilità per le società di capitali interamente in mano pubblica di sfuggire alle regole dell'evidenza pubblica, non per le attività esercitate in quanto tali o per i diritti esclusivi svolti nell'area interessata, quanto e soprattutto per le ulteriori attività imprenditoriali svolte sul mercato. La giurisprudenza amministrativa – d'altronde - ha ormai codificato il principio del ricorso all'evidenza pubblica tutte le volte in cui debba effettuarsi la scelta di un operatore privato chiamato a svolgere attività per conto e nell'interesse della p.a..

La norma, apparentemente poco rilevante, ha in realtà portata significativa, in quanto farebbe rientrare rigorosamente nell'ambito di applicabilità del Codice anche soggetti che non sono a pieno titolo organismi di diritto pubblico e che perciò, per esempio, non sono finanziati in modo

maggioritario dallo Stato o da altri enti pubblici, purché realizzino attività non in regime di concorrenza.

Relativamente a tale tipologia di soggetti, il successivo comma 3 dell'art. 32 stabilisce una deroga, laddove è previsto che essi non sono tenuti ad applicare le disposizioni di cui al d.lgs. 163, allorché ricorra una serie di condizioni.

Innanzitutto, l'esenzione riguarda le società a scopo specifico, e perciò quelle il cui oggetto sociale è specificamente circoscritto alla realizzazione di una particolare opera pubblica ovvero di ben individuati lavori di manutenzione. Da ciò discende che non potrebbe godere della deroga una società costituita per realizzare genericamente attività nel campo dei lavori pubblici o anche per realizzare più opere in un determinato ambito. In buona sostanza, l'oggetto sociale deve essere strettamente specifico.

In secondo luogo, la scelta del socio privato deve avvenire con procedure ad evidenza pubblica e la gara va circoscritta a soggetti muniti della qualificazione correlata alla tipologia ed entità dei lavori e/o delle prestazioni di servizi da realizzare. È però da notare che il socio privato non acquisisce in quanto tale il diritto di eseguire le prestazioni con la propria società, visto che il punto 3) del comma 3 della norma stabilisce che è la società a capitale pubblico a dover eseguire in via diretta le stesse in misura superiore al 70% del relativo importo. Per tale via, l'apporto del socio privato si attua sostanzialmente in termini di know how, ma è la società a capitale pubblico a dover possedere i requisiti per adempiere (o perché già operante nel settore ovvero a seguito di acquisizione di ramo di azienda di altra impresa ovvero di acquisizione di qualificazione *ex novo*).

Sui predetti presupposti, come si è visto, la società non deve appaltare a terzi ma può eseguire in via diretta l'opera e/o il servizio con la propria organizzazione, attuando così una forma di esecuzione "in amministrazione diretta", senza limitazioni quantitative.

In conclusione, rinviata ogni più approfondita analisi a ns. successivi commenti, anche e soprattutto alla luce delle recenti, ulteriori innovazioni introdotte dall'art. 13 della L. 248/06 (c.d. "Decreto Bersani"), ciò che preme evidenziare per l'istante è la *ratio* complessiva della norma che, al di là delle classificazioni e definizioni propri del legislatore comunitario, intende assicurare la permanenza di regole di garanzia e trasparenza conformi al Trattato, in tutti i casi in cui vi sia spendita di pubblico danaro e/o comunque svolgimento di attività in regime di mercato c.d. "protetto".

In altri termini, alla tradizionale separazione di ambiti di indagine (soggettivo-oggettivo) si sostituisce ora un criterio di carattere unitario e complessivo, ispirato al rispetto dei principi fondamentali della evidenza pubblica e al tempo stesso della tutela del libero mercato e della concorrenza imprenditoriale.

## **10) Pubblicazione di bandi ed avvisi e termini di ricezione delle domande e delle offerte nelle gare di rilevanza comunitaria nei settori "ordinari"**

Fra le novità in materia di pubblicità, che il Codice ha recepito dalla Direttiva CE 2004/18, vanno segnalati l'utilizzo di strumenti elettronici per l'invio di comunicazioni e la pubblicazione di bandi ed avvisi sui siti informatici (artt. 63 e segg.).

Tali nuovi strumenti e modalità operative consentono l'accelerazione della gestione delle gare, posto che, ove vengano utilizzati i sistemi informatici, è prevista la riduzione dei tempi di pubblicazione.

Pur apprezzando lo sforzo compiuto, è necessario tuttavia evidenziare che il Legislatore non è riuscito a fornire un quadro normativo sufficientemente chiaro e sistematico.

In questa sede si riassumono le sole forme di pubblicazione dei bandi ed avvisi previste dal Codice, in relazione ai contratti di importo superiore alla soglia comunitaria, rinviando al testo del decreto 163/06 per le ulteriori previsioni in materia di *post* informazione (art. 65).

### Forme di pubblicità

#### A) Avvisi di preinformazione

## A.1) Forniture e servizi

Per gli avvisi di preinformazione (obbligatori se gli enti appaltanti si avvalgono della facoltà di ridurre i termini – arg. ex art. 63) relativi a forniture e servizi, da affidare tramite appalto e/o accordo quadro nei dodici mesi successivi – il cui importo complessivo stimato è pari o superiore a €750.000,00 – è prevista la trasmissione per via elettronica o mediante l’inserimento sul profilo del committente.

E’, dunque, possibile omettere la pubblicazione dell’avviso di preinformazione nella G.U.C.E. (“possibilmente” entro il 31 dicembre di ogni anno), purchè prima della pubblicazione sul profilo di committente venga inviata alla Commissione europea, per via elettronica, una comunicazione in cui è annunciata la pubblicazione sul sito informatico della S.A. (il più rapidamente possibile dopo l’avvio dell’esercizio di bilancio e, dunque, in data successiva al 31 dicembre).

L’avviso di preinformazione è altresì pubblicato sulla G.U.R.I. e sui siti informatici del Ministero delle Infrastrutture e sull’Osservatorio dei contratti pubblici.

Inoltre, l’avviso è pubblicato, per estratto, dopo 12 gg. dalla trasmissione alla Commissione (5 gg. in caso di procedure urgenti) su almeno due dei principali quotidiani nazionali e su almeno due a maggiore diffusione locale.

## A.2) Lavori

La pubblicazione degli avvisi di preinformazione relativi a lavori di importo pari o superiore alla soglia comunitaria va effettuata entro il 31 dicembre di ogni anno con le modalità previste per le forniture e i servizi, ma - a differenza di questi ultimi - è precisato che la pubblicazione deve comunque avvenire dopo la decisione che ne autorizza il programma in cui essi sono inseriti.

## B) Bandi ed avvisi di gara

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 64 e 66 del d.lgs. 163/06, le SS.AA. possono trasmettere i bandi ed avvisi di gara per appalti di forniture, servizi e lavori di importo superiore alla soglia comunitaria, oltre che con i classici mezzi di trasmissione, anche per via elettronica, tramite collegamento con il sito internet della G.U.C.E. ([www.simap.eu.int](http://www.simap.eu.int)).

In tale caso, la pubblicazione sulla G.U.C.E. avviene nel termine ridotto di 5 gg. dalla data di trasmissione; negli altri casi, entro 12 gg. dall’invio.

E’ previsto, poi, l’obbligo di pubblicazione dei bandi ed avvisi sul “profilo di committente”, sul sito informatico del Ministero delle Infrastrutture e sul sito informatico presso l’Osservatorio dei contratti pubblici, con l’indicazione degli estremi della pubblicazione sulla G.U.R.I.

Decorsi 12 gg. dall’invio alla Commissione, ovvero decorsi 5 gg. in caso di procedure urgenti, gli avvisi e i bandi devono essere pubblicati, per estratto, su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno due (*ante*, uno solo) a maggiore diffusione locale.

In ogni caso, i bandi ed avvisi non devono contenere informazioni diverse rispetto a quelle contenute nei bandi e negli avvisi inviati alla Commissione.

Altra novità della trasmissione per via elettronica di bandi ed avvisi di gara è rappresentata dalla previsione che, per la comunicazione, non è previsto il limite delle 650 parole, limite che invece permane per tutte le altre modalità di invio.

E’ confermata la previsione in ordine all’obbligo delle SS.AA. di comprovare la data di trasmissione alla Commissione dei bandi ed avvisi, anche se ora è previsto il rilascio, da parte di quest’ultima, di una conferma circa l’informazione trasmessa.

Ulteriore novità è costituita dalla precisazione che, in ogni caso, gli effetti giuridici connessi alla pubblicità nazionale decorrono dalla pubblicazione sulla G.U.R.I., a riprova dell’essenzialità di tale forma di pubblicità per gli appalti di rilevanza comunitaria.

Occorre, infine, segnalare che le previsioni circa l'obbligo di pubblicazione dei bandi ed avvisi, con le modalità suindicate, si estendono agli istituti dell'accordo-quadro, del dialogo competitivo e del sistema dinamico di acquisizione (per quest'ultimo, sono comunque previste forme di pubblicazione semplificate).

#### Termini di ricezione delle domande e delle offerte

La disciplina dettata in materia dal d.lgs. 163/06 ricalca, in larga parte, quella previgente e, pertanto, si ritiene opportuno rinviare agli articoli da 70 a 74 del Codice per una disamina delle varie ipotesi procedurali.

### **11) Tipologie di contratti**

Salvo quanto già precisato in merito alla normativa transitoria, va subito sottolineato che il Codice innova significativamente la disciplina relativa al c.d. "appalto-integrato" che, nel sistema della Legge Merloni (in particolare artt. 19 e 20), era circoscritto a casi specifici ed in particolare, ai lavori che comprendevano elevata componente impiantistica e tecnologica.

Tale limitazione è stata infatti eliminata e sostituita solo dall'onere per l'amministrazione di motivare, nella delibera a contrattare, le ragioni del ricorso all'appalto-integrato, in rapporto alle esigenze tecniche, organizzative ed economiche del caso specifico.

Pertanto, l'Amministrazione può far ricorso all'appalto-integrato per qualsiasi tipologia di opere, purché sussistano ragionevoli motivazioni di ordine tecnico-economico.

L'articolo 53, comma 2, prevede nello specifico tre tipologie contrattuali per l'esecuzione di lavori:

a. contratti che hanno ad oggetto soltanto l'esecuzione dei lavori, sulla base di una progettazione esecutiva posta a base di gara. In tal caso, ai concorrenti viene richiesto di presentare esclusivamente offerte economiche ovvero offerte economiche ed eventuali altri elementi;

b. contratti che hanno ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori.

In tal caso, l'amministrazione pone a base di gara il proprio progetto definitivo ed aggiudica sulla base dell'offerta economica ed eventualmente di altri elementi; in questa ipotesi, dunque, l'aggiudicatario resta obbligato, prima dell'esecuzione dei lavori, ad elaborare la progettazione esecutiva, comunque soggetta all'approvazione dell'amministrazione (c.d. appalto integrato);

c. contratti che hanno ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, previa acquisizione in sede di gara del progetto definitivo da parte di tutti i concorrenti, elaborato sulla base del progetto preliminare dell'amministrazione. In tal caso, si ha una particolare forma di "appalto concorso", posto che il confronto tra i concorrenti avviene non soltanto sulla base delle loro offerte economiche, ma anche e soprattutto sulla base dell'elaborazione da parte loro della progettazione definitiva.

Nei casi suesposti (nei quali l'aggiudicatario deve redigere, prima dell'esecuzione dei lavori, la progettazione esecutiva), l'ammontare delle spese di progettazione è ricompreso nell'importo a base di gara, deve essere indicato nel bando e non è soggetto a ribasso d'asta.

Significativa è poi la disposizione di cui all'art. 53, comma 3, secondo cui in tutti i casi in cui vi è attività di progettazione, da parte delle imprese, queste devono possedere gli stessi requisiti che il Codice prescrive per i progettisti, allorché partecipano a gare per assumere incarichi di progettazione.

In alternativa al possesso di tali requisiti, che devono comunque essere indicati nel bando, in base alle norme del capo IV, titolo I, parte II, è consentito che le imprese si riuniscano in raggruppamento ovvero si avvalgano di progettisti da indicare nell'offerta, in possesso dei requisiti richiesti.

### **12) Appalti "a corpo" e "a misura"**

Diversamente dalla legge n. 109/1994, che privilegiava la scelta dell'appalto "a corpo" (cfr. art. 19) per l'affidamento dei lavori, il Codice attribuisce un'ampia discrezionalità all'ente appaltante nella

indicazione dell'una o dell'altra modalità di pagamento del corrispettivo, in base alle proprie esigenze, e quindi senza riferimento a criteri predefiniti.

L'art. 53, comma 4 enuncia le definizioni di appalto a corpo e a misura, ricalcando pedissequamente quelle tradizionali. Nell'appalto a misura il computo metrico estimativo a base del progetto, e perciò il prezzo di appalto, ha mero carattere presuntivo, in quanto il prezzo definitivo potrà variare a consuntivo, in base alle effettive misurazioni, e perciò in base alle quantità effettivamente occorse.

Relativamente agli appalti a corpo, invece, il prezzo pattuito non può essere modificato, e perciò si prescinde dalle quantità effettivamente allocate, ma naturalmente sempre che non vengano apportate variazioni rispetto ai disegni di progetto, perché in tal caso, ove l'appaltatore esegua maggiori prestazioni necessarie, in base all'art. 1661 c.c., ha diritto al maggior corrispettivo.

### **13) La disciplina dei contratti misti**

Come è noto, per appalto misto si intende quello in cui l'oggetto della procedura di aggiudicazione e del successivo contratto è costituito da prestazioni eterogenee, ascrivibili a settori assoggettati a differenti discipline pubblicistiche, sicché sorge il problema dell'individuazione della disciplina applicabile a seconda della qualificazione dell'appalto stesso in termini di lavori, servizi o forniture.

A tal fine, con riferimento al settore dei lavori pubblici, deve richiamarsi innanzitutto l'art. 2, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.i., ai sensi del quale «nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendano lavori accessori, si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento».

Il parametro da utilizzare nell'individuare il regime giuridico proprio degli appalti a prestazioni eterogenee, già prima dell'avvento del "Codice Unico degli Appalti", era dunque quello della prevalenza economica.

Con riferimento a tale disposizione, tuttavia, con procedura di infrazione n. 2001/2182 ex art. 226 del Trattato, la Commissione ha formulato alcuni rilievi circa la compatibilità della norma italiana in materia di contratti misti al diritto comunitario.

È stato rilevato, infatti, che all'individuazione dell'oggetto principale di un appalto misto concorrono, tra gli altri, non solo la rilevanza economica delle singole prestazioni, ma anche la connotazione dell'accessorietà o meno della componente lavori rispetto alle altre prestazioni e viceversa.

Nel recepire tale impostazione concettuale, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, nella Circolare n. 2316 del 18 dicembre 2003, in materia di «disciplina dei contratti misti negli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi», aveva focalizzato il concetto di «oggetto principale del contratto», precisando che il criterio utilizzato dal legislatore comunitario mirasse ad identificare la natura propria dell'appalto, facendo perno su di un concetto di prevalenza della prestazione parziale, intesa non tanto (e non solo) in senso economico, quanto piuttosto come prestazione esprimente l'oggetto principale del contratto, definendo conseguentemente il carattere dell'appalto. La Circolare invitava, altresì, le amministrazioni aggiudicatrici all'osservanza del criterio comunitario in esame, conformando allo stesso i futuri bandi di gara.

Successivamente, nella Direttiva unificata n. 18/2004/CE - relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi - con riferimento agli appalti misti (lavori con forniture e/o servizi), è stato precisato che (X considerando) l'appalto va definito di lavori se il suo oggetto riguarda specificamente l'esecuzione di lavori «anche se può riguardare la fornitura di altri servizi necessari per l'esecuzione dei lavori stessi»; tale precisazione va però coordinata con quanto previsto per l'appalto di servizi, laddove si precisa che se il contratto contiene lavori qualificabili accessori rispetto ai servizi, il contratto si definisce comunque di servizi.

Il riferimento è dunque alla nozione di accessorietà dei lavori e non alla prevalenza economica. Ciò viene chiarito sempre nel X considerando della direttiva dove si afferma che sono accessori rispetto all'oggetto principale del contratto i lavori che «costituiscono solo una conseguenza eventuale o un completamento del servizio». E, per ulteriore chiarezza, viene altresì precisato che la circostanza secondo cui detti lavori (accessori) facciano parte dell'appalto, non può giustificare la qualifica di

appalto pubblico di lavori dell'appalto di servizi. Analogamente dispone l'art. 1, comma 2, della Direttiva nn. 17/2004 sui c.d. "settori speciali".

Nell'ambito di dette previsioni legislative, si colloca l'art. 14 d.lgs. 163/06, il quale, riprendendo l'art. 1 della direttiva 2004/18, definisce il criterio utile ad individuare, secondo il principio dello "assorbimento", se un appalto a prestazioni miste sia da considerarsi di forniture, servizi o lavori.

In linea con la direttiva, dunque, il criterio discrezionale tra forniture e servizi è quello della prevalenza economica; mentre tra servizi (o forniture) e lavori è quello dell'accessorietà.

Quindi, la disposizione in commento conferma la novella apportata dalla l. 62/2005 (comunitaria 2004) all'art. 2, 1° comma, della l. 109/1994 che aveva aggiunto quest'ultimo al criterio della prevalenza economica, prevedendo infatti che la disciplina dei lavori pubblici non si applica, comunque, anche se i lavori, pur di rilievo superiore al 50 per cento dell'importo complessivo del contratto misto, abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto.

Problematica appare la disposizione di cui al successivo art. 15 del Codice.

Quest'ultima generalizza (come spesso avviene nel medesimo Codice), anche a servizi e forniture "accessori" in contratti misti, il principio di obbligatoria qualificazione stabilito, per i lavori accessori, dalla l. 109/1994.

Infatti, l'art. 8, comma 1 septies della L. 109/94, come novellata dalla l. 166/2002, stabiliva, come noto, che nel caso di forniture e servizi, i lavori, ancorché accessori e di rilievo economico inferiore al 50 per cento, devono essere eseguiti esclusivamente da soggetti qualificati ai sensi dello stesso art. 8.

Per effetto di tale disposizione, quindi, i lavori "accessori" inseriti in appalto misto devono comunque essere eseguiti da soggetti qualificati, fatta salva per il resto l'applicazione della normativa relativa alla tipologia alla quale il contratto è riconducibile in misura prevalente (forniture o servizi).

Ora, in primo luogo, come sopra accennato, il Codice dei contratti prevede che ciò valga non soltanto per i lavori accessori in appalto di servizi o forniture, ma anche nell'ipotesi inversa di forniture o servizi accessori negli altri tipi di appalti misti.

Il punto critico, al riguardo, è - peraltro - che la disposizione, per come formulata, individua il possesso dei requisiti richiesti come presupposto per la partecipazione alla gara e non anche per l'esecuzione dell'appalto.

La giurisprudenza è chiara nel senso che in tali appalti misti la SOA (o analoghi requisiti di qualificazione per forniture o servizi accessori) deve essere posseduta dall'esecutore dei lavori e non è un requisito di partecipazione alla gara.

Pertanto, il concorrente non deve affatto possedere la SOA, ma deve esclusivamente impegnarsi a far eseguire i lavori accessori a soggetto in possesso della stessa.

La disposizione in commento, viceversa, pare trasformare detta esigenza in un requisito di partecipazione, con la conseguente necessità (contraddittoria con molti altri aspetti della disciplina, a cominciare dalla contestuale affermazione del principio dello "avvalimento") di formare ATI di concorrenti.

E' infatti sancito che *"l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità previsti dal presente Codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto"*.

#### **14) Gli appalti multi-settori**

Per quanto concerne gli appalti riconducibili ad una pluralità di settori, si deve evidenziare che, ai sensi dell'art. 214 del d.lgs. 163/06, a un appalto destinato all'esercizio di più attività si applicano le norme relative all'attività principale cui lo stesso sia destinato, con la precisazione, inoltre, che ove una delle attività dedotta in appalto è disciplinata dalla parte III (regime speciale) ed altra dalla parte II (regime ordinario) del Codice, e sempre che sia oggettivamente impossibile stabilire a quale attività l'appalto sia principalmente destinato, esso è aggiudicato secondo le disposizioni della parte II.

In buona sostanza, la norma recepisce l'art. 9 della direttiva 2004/17 che, in modo innovativo,

introduce il criterio finalistico della “principalità” dell’attività cui l’appalto è destinato, in relazione alle necessità che l’appalto è prioritariamente destinato a soddisfare.

Il 29° considerando della citata direttiva prevede, infatti, che “È possibile procedere all’aggiudicazione di appalti per venir incontro a necessità inerenti a varie attività, che possono essere soggette a regimi giuridici diversi. Si dovrebbe precisare che il regime giuridico applicabile a un unico appalto destinato a contemplare varie attività dovrebbe essere soggetto alle norme applicabili all’attività cui è principalmente destinato. Per determinare l’attività cui l’appalto è principalmente destinato, ci si può basare sull’analisi delle necessità cui l’appalto specifico deve rispondere, effettuata dall’ente aggiudicatore ai fini della valutazione dell’importo degli appalti e della fissazione del capitolato d’oneri. In taluni casi, come ad esempio per l’acquisto di un impianto unitario destinato alla prosecuzione delle attività per le quali non si dispone di informazioni che consentano di valutare i rispettivi tassi di utilizzazione, potrebbe rivelarsi oggettivamente impossibile determinare l’attività cui l’appalto è principalmente destinato. Occorrerebbe prevedere quali norme si debbano applicare in siffatti casi”.

La soluzione di cui all’articolo 9, direttiva 2004/17, recepita nell’articolo 214 del d.lgs. 163/06, comporta pertanto il superamento della previgente disciplina recata dall’art. 2, comma 4, l. n. 109 del 1994 e dall’art. 8, comma 6, d.lgs. n. 158/1995, in tema di tipologia di appalti di lavori degli enti aggiudicatori, soggetti alla legge Merloni ovvero al d.lgs. n. 158/1995.

## **15) Cause di esclusione dalle gare**

L’art. 38 del Codice elenca le ipotesi che precludono la partecipazione alle gare di forniture, servizi e lavori.

Più specificamente, la norma unifica le cause di esclusione in precedenza definite distintamente per i diversi settori, introducendo significative innovazioni in ordine ai requisiti generali dei concorrenti.

Innanzitutto, va notato che i divieti vengono espressamente estesi anche ai subappaltatori, il che indurrebbe a ritenere che, all’atto della richiesta di autorizzazione, l’appaltatore debba fornire all’amministrazione dichiarazioni sostitutive del subappaltatore, circa l’assenza di tali cause di esclusione in capo al subappaltatore stesso e che l’amministrazione comunque abbia titolo per procedere alle verifiche, in ordine alla veridicità delle dichiarazioni (art. 38, comma 3).

Per quanto concerne le specifiche cause di esclusione, vengono introdotte le seguenti innovazioni:

1. dalle procedure concorsuali (fallimento, liquidazione coatta etc.), che determinano l’esclusione dalle gare, è stata eliminata l’amministrazione controllata. Tale modifica è pienamente condivisibile, considerato che finalità dell’amministrazione controllata è proprio il risanamento dell’impresa che si trovi in uno stato di temporanea difficoltà economica (e non di insolvenza generalizzata) e presuppone evidentemente la continuazione dell’esercizio dell’impresa, finalità queste che verrebbero totalmente vanificate ove venisse preclusa la possibilità di assumere ulteriori appalti;

2. viene chiarito che costituiscono causa di esclusione anche i decreti penali di condanna divenuti irrevocabili. Inoltre, per quanto concerne questi ultimi, le sentenze passate in giudicato ed i patteggiamenti viene stabilito che essi debbano riguardare “reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”;

Tale dizione normativa, rispetto al testo dell’art. 75 del D.P.R. n. 554/1999 introduce due nuovi elementi: innanzitutto, il reato deve avere carattere di gravità; in secondo luogo, deve trattarsi di reati che, in senso lato e tecnico, abbiano arrecato un danno allo Stato o alla Comunità europea.

Resterebbero, perciò, fuori dalla portata della causa di esclusione quei reati che, ancorché gravi, abbiano determinato danni esclusivamente a persone fisiche. Viene chiarito che comunque costituiscono cause di esclusione tutti i reati di partecipazione ad organizzazioni criminali, nonché quelli di corruzione, frode e riciclaggio, secondo la definizione dell’art. 45 della direttiva 2004/18.

3. per quanto concerne la grave negligenza o la malafede nell’esecuzione del contratto, viene chiarito che queste, per assurgere a causa di esclusione, debbano essere oggetto di adeguata motivazione da parte della stazione appaltante, che perciò ha l’onere di assumere un provvedimento formale, nel quale dia conto dell’esistenza dell’inadempienza e della sua gravità. Inoltre, la

formulazione della disposizione conferma che la causa di esclusione può essere fatta valere esclusivamente dalla stazione appaltante nei cui confronti ha avuto luogo l'inadempimento. La disposizione aggiunge, quale causa di esclusione, l'errore grave commesso nell'esercizio dell'attività professionale, senza specificare che questa può essere fatta valere esclusivamente da parte dell'ente appaltante nei cui confronti l'errore è commesso;

4. per quanto riguarda le violazioni concernenti i contributi previdenziali ed assistenziali, è stabilito che esse debbano essere "definitivamente accertate" (l'art. 75 lettera e) del D.P.R. n. 554/1999 stabiliva che esse dovessero essere "debitamente accertate"). La nuova formulazione induce a ritenere che, qualora venga instaurato contenzioso giurisdizionale, perché la causa di esclusione possa divenire operante, debba attendersi che la questione passi in giudicato.

5. vengono introdotte espressamente, quali cause di esclusione (ancorché non si dubitasse della loro rilevanza), sia la circostanza di non essere in regola con la normativa sui disabili di cui alla legge n. 68/1999, sia la circostanza di essere incorsi nella sanzione interdittiva, consistente nel divieto a contrattare con la pubblica amministrazione, per reati commessi da amministratori o dipendenti dell'impresa, ai sensi della legge n. 231/2001.

Non va sottaciuto, peraltro, che il legislatore delegato ha ommesso di inserire tra le sopraelencate cause di esclusione quella di cui alla legge n. 383/2001, in ordine ai piani di emersione dal lavoro nero.

Ovviamente, l'esclusione dall'elencazione non può indurre l'interprete a considerare implicitamente abrogato il disposto di cui alla legge n. 383, con la conseguenza che permane l'obbligo dei concorrenti di dichiarare, in sede di ammissione alle gare, la propria posizione in merito alla materia giuslavoristica di che trattasi.

Relativamente a tutte le cause di esclusione, viene precisato che il concorrente può attestare la loro assenza mediante dichiarazione sostitutiva, ai sensi del D.P.R. n. 445/2000.

Viene inoltre confermata l'indicazione che le amministrazioni debbono procedere d'ufficio agli accertamenti (con metodo a campione), in ordine alla veridicità delle dichiarazioni presentate, ai sensi degli artt. 43 e 71 del D.P.R. n. 445/2000.

Resta ferma, peraltro, la facoltà delle singole SS.AA. di disciplinare in via interpretativa e di autolimitazione regolamentare (ovvero in sede di *lex specialis* del singolo procedimento) la procedura di verifica "a campione".

In siffatto contesto, si ritiene che – in disparte l'obbligatorietà della verifica *de qua* in capo all'aggiudicatario – è rimessa alla S.A. la scelta di procedere alla:

- a) verifica solo nei riguardi del 10% (e/o di una percentuale maggiore) dei concorrenti, a seguito di sorteggio pubblico;
- b) verifica "integrale", cioè nei confronti di tutti i concorrenti.

Per quanto concerne la regolarità contributiva dell'aggiudicatario, non ha luogo l'accertamento d'ufficio, in quanto quest'ultimo ha l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva (D.U.R.C.).

Fra le cause di esclusione deve altresì essere segnalata quella contenuta all'art. 34, comma 2, con la quale viene affermato il divieto di partecipazione alla stessa gara di soggetti che si trovano tra loro in una delle situazioni di controllo ex art 2359 cod. civ.

In buona sostanza, viene recepito legislativamente il consolidato indirizzo giurisprudenziale, secondo cui non possono concorrere alle gare soggetti riconducibili ad un unico centro decisionale (stessi amministratori, stessa sede, analoghe modalità di presentazione delle offerte, stessa compagnia di assicurazioni, ecc., ovvero elementi ed indici oggettivi che inducono a ritenere che le offerte provengano dallo stesso soggetto).

Viene così stabilito un preciso limite alla discrezionalità dell'amministrazione, che può esercitare il potere di esclusione, solo allorché disponga di elementi significativi che non lascino margini di dubbio sul "collegamento sostanziale" tra i concorrenti.

## **16) L'aggiudicazione provvisoria/definitiva e la stipula del contratto**

Gli artt. 11 e 12 del Codice si occupano dell'attività endoprocedimentale prodromica alla scelta del contraente, stabilendo alcuni principi fondamentali, in gran parte già noti al nostro ordinamento (cfr. Regolamento Contabilità di Stato), altri parzialmente innovativi.

E' significativo rilevare che, poiché gli artt. 11 e 12 sono contenuti nel Titolo I<sup>a</sup> (Principi e disposizioni comuni), in base al disposto degli artt. 1 e 3 sembrano trovare applicazione nei riguardi di tutti gli Enti e soggetti aggiudicatari, ivi compresi quelli operanti nei settori "speciali".

Innanzitutto, la norma si occupa della "deliberazione a contrarre", fissandone i requisiti e la forma.

Per quanto attiene invece alle procedure, si ribadisce il principio della loro tipicità e rigidità, nonché quello dell'aggiudicazione come atto concludente la fase dell'evidenza pubblica.

Al riguardo, non può farsi a meno di rilevare il problema della adattabilità di un siffatto schema ai soggetti operanti nei settori c.d. "ex esclusi", posto che in alcuni casi essi ispirano la propria azione a criteri spiccatamente privatistici, che ignorano la rigidità di forme connessa alla adozione di una formale determinazione a contrarre.

Ad ogni buon conto, la norma stabilisce espressamente l'obbligo per gli enti di procedere all'approvazione dell'aggiudicazione disposta dal seggio di gara o dalla commissione, così distinguendo tra aggiudicazione provvisoria ed aggiudicazione definitiva, che ha luogo allorché la prima sia stata approvata.

Le amministrazioni possono prevedere nei propri ordinamenti il termine massimo entro cui l'organo di controllo deve procedere all'approvazione ovvero al diniego dell'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria. Qualora nulla prevedano, detto termine si intende stabilito *ipso iure* in 30 giorni.

Talune perplessità si devono esprimere laddove il termine per l'approvazione viene fatto decorrere "dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente" (e cioè l'organo di controllo deputato ad approvare); detto ricevimento, infatti, viene a dipendere dalla maggiore o minore tempestività con cui il seggio di gara trasmette gli atti all'organo di controllo, sicché la decorrenza del termine non soltanto ha carattere incerto, ma potrebbe essere differita anche in modo assai sensibile nei casi di inerzia nella trasmissione stessa.

Inoltre, è rimessa all'apprezzamento di ogni singolo ente la determinazione, nell'ambito del proprio ordinamento, del termine massimo per procedere all'approvazione, anche se ragioni di correttezza e trasparenza dell'azione amministrativa dovrebbero indurre le amministrazioni ad approvare nel termine di 30 giorni.

L'approvazione dei risultati di gara, a seguito della quale l'aggiudicazione da provvisoria diviene definitiva, costituisce momento particolarmente importante e significativo, in quanto l'amministrazione, attraverso il suo organo di controllo, ha un sufficiente margine di tempo per verificare che la procedura si sia svolta legittimamente e conformemente a tutte le disposizioni che la regolano; con la conseguenza che, ove l'organo di controllo ravvisi irregolarità (per esempio, l'esclusione/ammissione di un'impresa), assume un provvedimento di diniego dell'approvazione.

E' evidente che ove il vizio rilevato investa l'intera procedura, la gara dovrà essere ripetuta; ove, invece, investa situazioni specifiche, il seggio di gara, in omaggio al principio di conservazione del procedimento, dovrà essere riconvocato, per procedere a sanare la procedura dal vizio rilevato, portandola a termine legittimamente.

Disposizione di particolare efficacia semplificatrice è poi quella (art. 12, comma 1, ultimo periodo), secondo cui, decorso inutilmente il termine previsto nell'ordinamento dell'amministrazione ovvero, in mancanza di questo, il termine di 30 giorni, l'aggiudicazione si intende tacitamente approvata; ha luogo, in altri termini, una particolare forma di silenzio-assenso con effetti rilevanti sia per l'amministrazione, sia per il concorrente. Gli effetti della disposizione sono quanto mai significativi, in quanto in futuro eviteranno i casi, non di rado in passato intervenuti, nei quali l'approvazione dell'aggiudicazione aveva luogo in tempi assai lunghi, senza alcuna certezza per l'appaltatore.

Qualche perplessità, in un quadro normativo di riferimento che sembra riassuntivo di principi in passato già codificati, potrebbe destarla il comma 7, ove si afferma che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta.

La formulazione usata dal legislatore induce infatti a configurare una ricostruzione del contratto pubblico basato su accettazione-proposta ed il superamento del consolidato assunto per cui l'aggiudicazione costituisce contratto, ma sottoposto a condizione sospensiva di efficacia.

Una volta divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, le parti devono procedere alla stipula del contratto entro 60 giorni da questa, e cioè entro 60 giorni dall'esito positivo della verifica dei requisiti; ciò, pur nel silenzio della norma, comporta che l'amministrazione debba comunicare all'aggiudicatario detta avvenuta verifica positiva, sicché il predetto termine di 60 giorni decorrerà da tale data certa dell'avvenuta comunicazione.

Qualora la stipula del contratto non abbia luogo nel predetto termine, per fatto riconducibile all'amministrazione, l'aggiudicatario può sciogliersi dai vincoli sorti dall'aggiudicazione, mediante atto scritto notificato all'amministrazione; è però stabilito che, in tal caso, all'aggiudicatario non spetti alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese sostenute per la partecipazione alla gara.

Vengono, poi, confermate due previsioni già note nell'ordinamento:

a) che l'offerta vincola l'appaltatore per il periodo indicato negli atti di gara e, in caso di mancanza di tale indicazione, per 180 giorni dalla scadenza del termine stabilito per la presentazione delle offerte (art. 11, comma 6);

b) che una volta intervenuta l'aggiudicazione, l'appaltatore non può revocare la sua offerta, sino alla scadenza del termine stabilito per la stipula del contratto (art. 11, comma 7).

Di particolare rilievo è il comma 10 dell'art. 11, sostanzialmente riproduttivo del disposto dell'art. 24 della legge 18 aprile 2005, n.62, secondo cui il contratto non può essere stipulato prima del decorso di 30 giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Si tratta della vera grande novità in tema di fase endoprocedimentale alla scelta del contraente, che mira a consentire ai controinteressati una tutela giurisdizionale cautelare del proprio interesse legittimo che non risulterà, in futuro, più condizionabile dalla avvenuta stipula del contratto e dalla sua esecuzione, atteso che il comma 12, salvo i casi di urgenza, proibisce la esecuzione del contratto prima della sua stipulazione.

Tuttavia, la norma non tiene conto delle disposizioni che fissano i termini per l'impugnativa, considerato che il termine per stipulare il contratto è di 60 gg. ed il termine per impugnare è anch'esso, di norma, di 60 gg. decorrenti dalla comunicazione dell'esito della gara.

Ad ogni buon conto, dalle norme in parola, se da un lato emerge l'indicazione che l'approvazione dell'aggiudicazione è obbligatoria per tutte le amministrazioni appaltanti, dall'altro, è stabilito che le amministrazioni possano prevedere anche l'approvazione del contratto, che perciò è un momento soltanto eventuale. Ove prevista nel singolo ordinamento, questa deve avere luogo nel termine ivi stabilito, ovvero in mancanza di questo, nel termine di 30 giorni. Decorso il primo ovvero il secondo termine, il contratto si intende tacitamente approvato.

## **17) La verifica “a campione” dei requisiti speciali**

L'articolo 48 conferma la disposizione di cui all'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109/1994, circa la verifica dei requisiti di capacità tecnico-economica nel corso del procedimento di gara, relativamente al 10% degli offerenti. Anche in tal caso la norma parla specificamente di “requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa” e non anche di requisiti di carattere soggettivo che, come noto, vanno verificati d'ufficio.

Ed è altresì noto che detti requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, a seguito dell'entrata in vigore del sistema delle certificazioni SOA, vengono richiesti in occasione di ogni gara, in base agli artt. 3, comma 6 e 28 del d.P.R. n. 34/2000, soltanto per gli appalti di lavori superiori ad €20.658.276,00 (requisito del fatturato) e per gli appalti inferiori ad €150.000 (lavori eseguiti, costo del personale e adeguata attrezzatura tecnica).

Di conseguenza, la disposizione in argomento ha portata limitata nei lavori, in quanto trova applicazione esclusivamente nei casi in cui l'amministrazione richiede, nella singola gara, specifici requisiti tecnici ed economici, mentre assume particolare rilievo per le forniture e i servizi.

In questi casi, infatti, le SS.AA. avranno l'obbligo di procedere alla verifica “a campione” della veridicità delle autodichiarazioni rese dai fornitori o prestatori di servizi, in merito al possesso dei

requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari richiesti ai fini dell'ammissione alla gara (fatturato, forniture/servizi analoghe/i, elenco attrezzature e/o tecnici, ecc.).

## **18) Associazioni e consorzi di imprese**

L'art. 37 del Codice, nel fornire una disciplina unitaria dei raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti, riproduce larga parte delle disposizioni operanti in materia, segnalandosi per alcune significative novità.

Al riguardo, è necessario rammentare che, ai sensi dell'art. 253, comma 3, "per i lavori pubblici, fino all'entrata in vigore del regolamento di cui all'art. 5, continuano ad applicarsi il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, il d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, e le altre disposizioni regolamentari vigenti che, in base al presente Codice, dovranno essere contenute nel regolamento di cui all'art. 5, nei limiti di compatibilità con il presente Codice".

Orbene, l'art. 37 fornisce in primo luogo nuove definizioni di raggruppamento orizzontale e verticale.

In base al 1° comma, infatti, per raggruppamento temporaneo di tipo verticale nei lavori si intende una riunione di concorrenti nell'ambito della quale:

- uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente;
- per lavori scorporabili si intendono lavori non appartenenti alla categoria prevalente e così definiti nel bando di gara, assumibili da uno dei mandanti.

Per raggruppamento di tipo orizzontale si intende una riunione di concorrenti finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria.

Per il 2° comma, infatti, nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di concorrenti in cui il mandatario esegua le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie.

Va, pertanto, segnalata la previsione per la quale le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie.

Analogamente agli assuntori di lavori scorporabili, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario.

Raggruppamento orizzontale, infine, è quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione.

Nel caso di lavori, i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari di concorrenti sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento - ovvero gli imprenditori consorziati - abbiano i requisiti indicati nel regolamento.

Il Codice ripropone, in merito, le note regole:

- per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale i requisiti di cui all'articolo 40 (attestazione SOA), sempre che siano frazionabili, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo;
- per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo;
- i lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale

A dette regole vanno inoltre aggiunte quelle derivanti dall'art. 95 del d.P.R. 554/99 che, come precisato, devono ritenersi ancora vigenti.

Si fa riferimento, ad esempio, alla previsione secondo cui "*i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla capogruppo nella categoria prevalente*"(art. 95, comma 3).

Analogamente, per le associazioni orizzontali, vale il disposto del comma 2 del medesimo articolo 95: "i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nelle misure minime del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre

imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento. L'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria".

Un problema si pone in ordine al significato, rispetto a forniture e servizi, della disposizione secondo cui, fino all'entrata in vigore del regolamento, i raggruppamenti temporanei sono ammessi se il mandatario e i mandanti abbiano i requisiti indicati nel decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999 n. 554 e nel decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000 n. 34.

Sia la citata disposizione transitoria (comma 9 dell'art. 253), infatti, sia l'art. 37 del nuovo Codice, riguardano le A.T.I., indifferentemente, nei lavori, come nei servizi e forniture.

Se, dunque, il riferimento al d.PR. 34 (regolamento sulla qualificazione SOA) pare, con sufficiente sicurezza, non aver effetto rispetto a forniture e servizi (se non nel caso di appalti misti con quota lavori accessoria), non così può dirsi del riferimento al d.P.R. 554/1999, ed in particolare proprio alle regole di riparto dei requisiti sopra accennate (basti pensare, in particolare, al frazionamento dei requisiti nelle ati orizzontali).

Ci si domanda, cioè, se ad esempio, come pare, il precetto desumibile dalla disposizione in commento sia che, anche nei servizi e forniture, è applicabile la regola secondo cui "i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nelle misure minime del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento. L'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria."

In effetti, un tale esito pare contrastato da quella giurisprudenza che, in riferimento ad appalti di servizi, ha ritenuto che "L'art. 95, comma 2, del d.P.P. 21.12.1999 n. 554, che stabilisce che le singole imprese mandanti devono possedere almeno il 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento, in quanto inserita nel Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, stante la specifica disciplina degli appalti di servizi relativa alle associazioni temporanee contenuta negli art. 11, 13 e 14 del d.lgs.vo n. 157/1995, non può applicarsi oltre la materia che essa regola."

*"In altri termini, non è pensabile che la stessa possa ritenersi quale norma di principio e, come tale, applicabile in maniera indiscriminata alle intere ipotesi di contratti derivati da una selezione ad evidenza pubblica."* (cfr. TAR Sicilia, Catania, 9 febbraio 2005, n. 208).

Significativa appare, poi, la novità contenuta al comma 7 dell'art. 37, che sancisce l'esclusione dalla gara sia del consorzio che dei consorziati aderenti, indicati in sede d'offerta dal consorzio come esecutori, nell'ipotesi di violazione da parte di questi ultimi del divieto di contestuale partecipazione alla medesima gara.

In tal modo, viene quindi risolto il dubbio spesso generato tra le amministrazioni, in ordine alla condotta da assumere nei riguardi del consorzio e del consorziato, in termini di esclusione dalla gara dell'uno o dell'altro, o di entrambe.

## **19) L'istituto dello "avvalimento" dei requisiti**

Tra le innovazioni introdotte dalle Direttive U.E. nn.17-18 del 2004, recepite dal d.lgs. 163/06, quella dell'avvalimento dei requisiti speciali costituisce la figura di maggior impatto nel nostro ordinamento.

Al riguardo, si rileva che le direttive comunitarie hanno, in pratica, confermato il principio, già consolidato in sede giurisprudenziale, in ordine alla legittimazione dell'operatore economico di avvalersi dei requisiti posseduti da altri soggetti, ai fini della partecipazione agli appalti.

In particolare, gli articoli 47 e 48 della direttiva n. 18/04 e l'articolo 54 paragrafi 5 e 6 della direttiva n. 17/04, (oggi trasfusi nell'ordinamento interno italiano con il d.lgs. 163 cit.) nella misura in cui ammettono l'avvalimento, lo legano alla rigorosa prova della disponibilità dei mezzi economici o tecnici. La formulazione sembra riferirsi esclusivamente alla prova del rapporto obbligatorio tra avvalente ed avvalso, tanto che unico esempio che il Legislatore comunitario è stato in grado di proporre è quello di esibire l'impegno dell'avvalso a mettere a disposizione risorse economiche e mezzi tecnici, con il che non si è risolto nulla in termini sostanziali.

Il medesimo principio è stato altresì affermato dalla giurisprudenza amministrativa. Infatti, il Consiglio di Stato (tra le tante: Sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7134), in conformità all'indirizzo accolto dalla Corte di Giustizia Europea, ha precisato che *“Ciò che occorre per potersi avvalere di mezzi di altri soggetti è l'averne l'effettiva disponibilità. Del tutto correttamente, dunque, in base alla normativa comunitaria, è consentito ad un prestatore di servizi, che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi, di far valere presso l'autorità aggiudicatrice le capacità di terzi, cui conta di ricorrere quando gli sarà aggiudicato l'appalto. Qualora un concorrente, per dimostrare la propria capacità finanziaria, economica e tecnica al fine di essere ammesso a partecipare ad una procedura di gara d'appalto, faccia riferimento alla capacità di altri soggetti od imprese, cui è legato da vincoli diretti od indiretti - di qualunque natura giuridica essi siano- avrà l'onere di dimostrare di poter effettivamente disporre dei mezzi ditali soggetti o imprese che non gli appartengono in proprio, ma che sono necessari all'esecuzione dell'appalto”*.

Dunque, la potestà di avvalimento costituisce un principio da tempo presente nel nostro ordinamento comunitario, che si ispira alle medesime finalità sottese ad altri istituti che prevedono forme di collaborazione e cooperazione tra imprese: il *favor* per la concorrenza e la massima esplicazione dell'iniziativa economica delle imprese nel mercato, consentendo agli operatori economici di attivare forme collaborative con altri soggetti per unire le rispettive capacità ed accedere in tal modo alle procedure concorsuali.

Tale assetto disciplinare va ricollegato alla costante tendenza della Comunità europea a non riferire in via esclusiva i requisiti di capacità economica e tecnica ai soli operatori che chiedono di partecipare a gare d'appalto, bensì a considerare detti requisiti nella loro dimensione oggettiva. In altri termini, il Legislatore comunitario (e nazionale) non si preoccupa della forma giuridica che rivestono i prestatori di servizi, ma della loro capacità ad adempiere i compiti loro affidati in occasione dell'assegnazione degli appalti pubblici, vale a dire a possedere i mezzi utili per l'esecuzione dei lavori, dei servizi e delle forniture di cui si tratti, indipendentemente dalla propria organizzazione.

Prima di esaminare nel dettaglio la normativa dell'istituto, è necessario precisare che, con il rapporto di avvalimento si indicano le modalità con le quali un'impresa (ribattezzata *“impresa ausiliata”*) utilizza le capacità economico-finanziarie, tecnico-organizzative, nonché di attestazione SOA, di un'altra (c.d. *impresa ausiliaria*), al fine di soddisfare requisiti di qualificazione richiesti da un bando di gara, essendole altrimenti preclusa la partecipazione.

In altri termini, il ricorso all'avvalimento consente ad un concorrente (singolo, raggruppato, consorziato) che intende partecipare ad una gara pubblica per l'affidamento di un lavoro, fornitura, servizio, di raggiungere l'importo del fatturato, la capacità tecnica, la necessaria attestazione Soa ecc. richiesti, anche utilizzando i requisiti posseduti da imprese terze, non coinvolte direttamente nella procedura concorsuale.

Il d.lgs. 163/06 disciplina, in particolare, due forme di avvalimento: la prima è quella che può definirsi avvalimento c.d. *“operativo”*, con assorbimento cioè di risorse/mezzi, in quanto l'impresa ausiliaria deve contribuire all'esecuzione dell'appalto, mettendo i propri mezzi, risorse e/o il proprio *now how* a disposizione del concorrente; la seconda, che può ritenersi di *“garanzia”*, che fa leva solo sull'assunzione di responsabilità sussidiaria e solidale dell'impresa ausiliaria nei confronti della S.A. per le obbligazioni assunte dall'impresa ausiliata e/o concorrente, senza che la prima sia materialmente coinvolta nell'attività esecutiva oggetto di affidamento (arg. ex comma 4 art. 49 cit.) **(v. nota)**.

Sotto altro profilo, ovvero quello della *“durata”* del beneficio dello avvalimento, lo stesso può definirsi *“occasionale”* (gara per gara anche tra soggetti *“estranei”*, ex art. 49) oppure *“stabile”* (mediante acquisizione di attestazione di requisiti speciali, quale la iscrizione in Albi e/o sistemi di qualificazione, esclusivamente tra soggetti *“infragruppo”*, ex art. 50).

E' da notare subito che questa seconda forma di avvalimento dovrà essere disciplinata nelle sue modalità applicative dall'emanando regolamento di attuazione del Codice, per cui fino all'entrata in vigore di quest'ultimo tale avvalimento non può trovare concreta applicazione.

Nel recepire l'istituto comunitario, cui peraltro si può ricorrere tanto nell'ipotesi di gare di appalto di importo di rilevanza europea, che di quelle di rilevanza nazionale, il Legislatore ha ritenuto

opportuno porre alcuni paletti, al fine di evitare manovre elusive volte a turbare la gara, nonché a contrastare infiltrazioni mafiose ovvero la partecipazione di soggetti che, comunque, non potrebbero legittimamente aspirare alla partecipazione.

Per quanto concerne l'avvalimento gara per gara, l'art. 49 prevede che l'impresa ausiliata, quando partecipa ad una gara per l'affidamento di un lavoro, fornitura o servizio, oltre all'eventuale attestazione SOA o sistema di qualificazione specifico, proprio e/o dell'impresa ausiliaria, deve allegare:

- a) una dichiarazione dell'impresa ausiliata con la quale questa, nel precisare che intende ricorrere all'istituto dell'avvalimento per qualificarsi su specifici requisiti di cui è carente, indica i requisiti oggetto di avvalimento e l'impresa ausiliaria che li mette a disposizione;
- b) una dichiarazione, rispettivamente, dell'impresa ausiliata e dell'impresa ausiliaria relativa al possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice;
- c) una dichiarazione dell'impresa ausiliaria che si obbliga, sia verso l'impresa ausiliata che verso la stazione appaltante, a mettere a disposizione della prima, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui essa è carente;
- d) una dichiarazione dell'impresa ausiliaria con cui essa attesta di non partecipare alla medesima gara, cui concorre l'impresa ausiliata, né singolarmente né in associazione con altre imprese, nonché l'assenza di una situazione di controllo, di cui all'art. 2359 cod. civ., con una delle altre imprese che partecipano alla gara;
- e) l'originale o copia autentica del contratto con cui l'impresa ausiliaria si impegna a mettere a disposizione del concorrente (impresa ausiliata) i requisiti e le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto; in caso di avvalimento fatto a favore di un concorrente facente parte del gruppo cui partecipa anche l'impresa ausiliaria, in luogo del contratto l'impresa concorrente (impresa ausiliata) può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo.

La norma precisa, poi, che in caso di dichiarazioni mendaci fatte dal concorrente o dall'impresa ausiliaria, la stazione appaltante, oltre ad escludere dalla gara il concorrente, provvede ad escutere la garanzia (cauzione provvisoria) ed a trasmettere gli atti all'Autorità per la vigilanza sui contratti, ai fini dell'applicazione delle sanzioni pecuniarie di cui all'art. 6, comma 11, del Codice.

In ragione del ruolo assunto dall'impresa ausiliaria nella qualificazione del concorrente ausiliato, il Legislatore ha opportunamente previsto che entrambi siano responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto d'appalto.

Tale solidarietà, sotto il profilo dell'adempimento, determina l'obbligo per l'impresa ausiliaria di adempiere in prima persona alla esecuzione delle prestazioni ovvero alla realizzazione dell'opera, del servizio e/o della fornitura unitamente all'impresa ausiliata; ciò si evince inequivocabilmente dalla previsione di cui al comma 4 dell'art. 49, che stabilisce espressamente l'estensione della solidarietà "in relazione alle prestazioni oggetto del contratto", e perciò in relazione all'adempimento dell'obbligazione principale.

Talune perplessità devono peraltro esprimersi in relazione all'ipotesi in cui l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'avvalente soltanto requisiti di ordine finanziario. In tal caso, infatti, potrebbero sollevarsi dubbi sul fatto che l'impresa ausiliaria sia responsabile dell'adempimento dell'obbligazione principale, e perciò possa eseguire direttamente la prestazione nel caso di inerzia dell'impresa avvalente. Al riguardo, si devono prospettare due considerazioni: 1) in primo luogo, il comma 4 dell'art. 49, nel prevedere la solidarietà, non fa alcuna differenza tra l'ipotesi di avvalimento pieno e l'ipotesi di avvalimento dei soli requisiti finanziari; 2) in secondo luogo, il soggetto responsabile in solido, al fine di non incorrere in responsabilità risarcitorie, dovrebbe poter comprovare la capacità di adempiere direttamente all'obbligazione principale.

Pur consci che, allo stato, sia assolutamente prematuro esprimere valutazioni interpretative vincolanti in ordine alla effettiva portata applicativa di una disposizione tanto innovativa, quanto complessa, appare al tempo stesso evidente la necessità che le SS.AA., in sede di bando e/o di disciplinare – in ossequio alla novella – provvedano a richiedere il rilascio in proprio favore di specifiche polizze fideiussorie di tipo assicurativo o bancario da parte dell'impresa ausiliaria a garanzia della obbligazione assunta nell'ambito del rapporto di avvalimento.

Al fine di contenere poi possibili infiltrazioni malavitose nel settore dei contratti pubblici, attraverso l'avvalimento, si dispone che gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applichino anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara. Ciò significa che nei confronti del concorrente, divenuto aggiudicatario del lavoro, fornitura, servizio, come pure dell'impresa ausiliaria, che ha contribuito alla sua qualificazione, devono essere esperiti gli accertamenti di cui al d.P.R. n. 252/98.

La normativa precisa inoltre che, in linea generale, il concorrente possa avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria. In ogni caso, per quanto concerne i lavori, non è ammesso il cumulo fra attestazioni di qualificazione Soa relative ad una stessa categoria. Pertanto, qualora l'appalto preveda due categorie di qualificazione, l'impresa ausiliata potrà avvalersi di due imprese ausiliarie, ma ciascuna per la singola categoria, mentre non sarà ammesso il ricorso a due imprese ausiliarie entrambe per la medesima categoria.

Particolarmente significativa è la disposizione di cui al comma 7 che consente all'amministrazione di stabilire nel bando una misura percentuale minima di requisiti che l'impresa ausiliata deve possedere, con la conseguenza che l'avvalimento può riguardare l'integrazione dei requisiti non posseduti.

Nel contempo, rientra nella discrezionalità dell'amministrazione predeterminare nel bando di gara una soglia minima di qualificazione, di cui l'impresa avvalente deve comunque essere in possesso.

E' evidente che detta discrezionalità va esercitata in conformità ai principi di logica e di proporzionalità del diritto amministrativo, in modo da garantire che il requisito minimo richiesto all'impresa ausiliata non sia tale da snaturare l'istituto dell'avvalimento, nel senso che non deve avere entità eccessivamente elevata.

La norma prevede inoltre che nell'ambito di una stessa gara non è consentito, a pena di esclusione, che più di un concorrente si avvalga della stessa impresa ausiliaria, come pure è precluso a quest'ultima di concorrere alla medesima gara cui partecipa l'impresa ausiliata. E' da ritenere che in tali ipotesi l'esclusione riguardi tutte le imprese ausiliate che si avvalgono della stessa impresa ausiliaria, nonché l'impresa ausiliaria quando questa concorre in proprio.

L'art. 50 del Codice disciplina invece l'ipotesi di avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione specifici per l'esecuzione di lavori pubblici.

In altri termini, il Legislatore, con tale disposizione, peraltro da integrare con le specifiche indicazioni che saranno fornite nel regolamento, ha voluto disciplinare la modalità con cui sarà possibile, per un'impresa ausiliata, conseguire l'attestazione Soa utilizzando in tutto o in parte i requisiti di un'impresa ausiliaria adeguatamente in possesso di attestato Soa.

A tale proposito, la norma precisa che:

- a) tra l'impresa ausiliata e quella ausiliaria, che mette a disposizione della prima risorse oggetto di avvalimento, deve esistere un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 cod. civ. oppure entrambe le imprese devono essere controllate da una stessa impresa terza, ai sensi sempre dell'art. 2359 cod. civ.;
- b) l'impresa ausiliaria deve chiarire che si obbliga a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse oggetto di avvalimento per tutto il periodo di validità dell'attestazione Soa;
- c) tanto l'impresa ausiliaria quanto quella ausiliata hanno l'obbligo di comunicare alla Soa le circostanze che fanno venire meno la messa a disposizione delle necessarie risorse;
- d) l'impresa ausiliaria non può partecipare alla stessa gara cui partecipa l'impresa ausiliata come pure non può fungere da impresa ausiliaria di altro concorrente alla medesima gara. Entrambe le ipotesi sono previste a pena di esclusione.

Da quanto sopra discende che, in sede di qualificazione Soa, l'avvalimento a più imprese da parte della stessa impresa ausiliaria è consentito, purché ricorra il predetto requisito del controllo e purché alla stessa gara non partecipino le imprese ausiliare, nonché in proprio l'impresa ausiliaria.

La norma precisa, inoltre, che qualora l'impresa ausiliaria o l'impresa ausiliata non comunichino le circostanze che hanno fatto venire meno la messa a disposizione delle risorse, oppure abbiano fatto, al riguardo, comunicazioni non veritiere, oltre alle sanzioni economiche previste all'art. 6, comma 11 del Codice, scatta anche la sospensione, da parte dell'Autorità, dell'attestazione Soa, sia dell'impresa ausiliata che di quella ausiliaria, per un periodo da 6 mesi a 3 anni.

In caso di attestazione Soa ottenuta mediante avvalimento, in analogia con quanto già previsto nell'ipotesi di avvalimento in relazione ad una specifica gara (art. 49), l'impresa ausiliaria è responsabile in solido con l'impresa ausiliata nei riguardi della stazione appaltante.

Per quanto concerne specificamente i lavori pubblici, dovrebbe escludersi che l'avvalimento possa riguardare uno qualsiasi dei requisiti necessari per l'attestazione SOA (esempio: costo per il personale, attrezzature etc.), poiché, vigendo appunto il sistema SOA, sono in ogni caso queste ad attestare a monte la capacità fino ad un certo limite e relativamente a certi lavori di un'impresa ad assumere appalti pubblici.

Va, però, precisato che esistono ipotesi (appalti di importo superiore a €20.658.276), nelle quali, oltre all'attestazione SOA, sono necessari altri requisiti di carattere finanziario (fatturato in lavori non inferiore a tre volte l'importo a base di gara, realizzato nel quinquennio antecedente il bando); in tal caso, l'avvalimento potrebbe riguardare anche soltanto tale requisito, con la conseguenza che l'avvalimento determinerebbe la messa a disposizione della sola capacità finanziaria, in conformità al disposto dell'art. 49, comma 2, lett. d), secondo cui l'avvalimento comporta la messa a disposizione dell'ausiliato soltanto delle "risorse necessarie", di cui questi sia carente.

#### NOTA

Tale lettura appare oggi maggiormente conforme al dato letterale dell'art. 49 del Codice, per effetto della sospensione del relativo comma 10 ad opera del già citato art. 1-octies L. 228/06.

### **20) Procedure di scelta del contraente**

In luogo delle tradizionali definizioni di pubblico incanto, licitazione privata, appalto concorso e trattativa privata, il Codice recepisce le corrispondenti definizioni comunitarie, delineando tre tipi di procedure:

- a. procedure aperte;
- b. procedure ristrette;
- c. procedure negoziate, con o senza pubblicazione del bando;

A tali procedure vanno poi aggiunte due forme particolari, costituite da dialogo competitivo e dagli accordi quadro (artt. 58 e 59, v. infra), che possono aver luogo con procedura aperta o ristretta, a seconda delle esigenze dell'amministrazione.

#### a) Procedure aperte e ristrette

In base alla definizione di cui all'art. 3, commi 37 e 38, sono procedure aperte quelle nelle quali, a seguito della pubblicazione del bando, qualsiasi impresa in possesso dei requisiti prescritti può presentare offerta; sono invece procedure ristrette quelle nelle quali le imprese con apposita domanda di partecipazione chiedono di partecipare, ma possono presentare offerta soltanto quelle invitate dall'amministrazione.

In primo luogo, occorre sottolineare che l'amministrazione ha un'ampia discrezionalità nella scelta tra procedura aperta o ristretta, anche se una disposizione di indirizzo contenuta nel Codice (art. 55, comma 2), in un certo senso, consiglia agli enti appaltanti di adottare le procedure ristrette soltanto nei casi in cui l'appalto ha ad oggetto attività progettuale dopo l'aggiudicazione, ovvero quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa; nei casi cioè in cui sussiste una pluralità di elementi da valutare in sede di gara, tra cui generalmente vi è anche la progettazione definitiva (ed eventualmente esecutiva) da parte dei concorrenti.

Confermando prescrizioni già vigenti in materia, l'art. 55, comma 6, stabilisce che alla procedura ristretta debbono essere invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti stabiliti dal bando; pertanto, sul piano pratico, la procedura ristretta diviene totalmente assimilabile alla procedura aperta, salvo che per la pluralità di fasi procedurali (domanda di partecipazione ed inviti), come tali non vincolati al principio di "continuità di gara".

Quanto al momento della presentazione delle offerte, qualora il bando nulla dica (art. 55, comma 4) in ordine al numero minimo delle offerte necessarie a consentire la conclusione della procedura, si procede ad aggiudicazione anche ove sia pervenuta una sola offerta valida. In tal caso, però, resta ferma la possibilità per l'amministrazione di non procedere ad aggiudicazione, con provvedimento motivato che rilevi la non convenienza o inidoneità dell'offerta (art. 81, comma 3).

È, peraltro, data facoltà alle amministrazioni di prevedere nel bando che non si procederà ad aggiudicazione nel caso di una sola offerta valida ovvero anche nel caso di due sole offerte valide.

In questa ipotesi il procedimento è revocato e va senz'altro rinnovato.

#### a.1) La c.d. "Forcella"

La norma fa salvo peraltro quanto stabilito all'art. 62, il quale dispone alcune modalità del tutto particolari in ordine al numero dei concorrenti da invitare (c.d. "forcella"). È previsto, infatti, che nelle procedure ristrette relative a lavori di importo pari o superiore a 40 milioni di euro, nonché nelle procedure negoziate con pubblicazione del bando e nel dialogo competitivo relativi ad appalti di qualsiasi valore, le amministrazioni possono indicare il numero minimo ed eventualmente anche il numero massimo dei concorrenti, che selezioneranno sulla base di criteri oggettivi predeterminati. Nelle procedure ristrette, il numero minimo non può essere inferiore a 20; nelle procedure negoziate e nel dialogo competitivo, il numero minimo non può essere inferiore a 6. Resta ferma l'esigenza che, qualora l'amministrazione intenda ricorrere alla "forcella", stabilendo il numero massimo dei concorrenti che inviterà, è tenuta a prevedere e indicare nel bando di gara i criteri oggettivi sulla base dei quali selezionerà i concorrenti da invitare, ove le domande di partecipazione risultino in numero superiore a quello massimo predeterminato.

Qualora il numero degli aspiranti concorrenti, selezionati sulla base dei criteri oggettivi predeterminati, risulti inferiore al numero prestabilito (venti o sei), le amministrazioni hanno facoltà di proseguire la procedura, invitando i concorrenti a presentare offerte, ovvero di ritenerla esaurita, ripetendola con previsione di requisiti e criteri meno selettivi.

#### b) Procedure negoziate

Come precisato, le disposizioni in tema di procedure negoziate sono ricomprese nell'elenco di quelle oggetto di temporanea sospensione da parte delle legge n.228/06.

Dette disposizioni troveranno, dunque, piena operatività a decorrere dal 1° febbraio 2007, salve comunque quelle relative a forniture e servizi per le quali non vi è alcuna sospensione.

Quindi, per detti settori, le ipotesi di ricorso alla procedura negoziata (con o senza bando) sono, a partire dal 1° luglio u.s., esclusivamente quelle definite nelle disposizioni sopracitate del Codice, valesi sia sopra che sotto soglia comunitaria (cfr. art. 121).

Di conseguenza, si ritiene che, dalla predetta data, non siano più applicabili le disposizioni previgenti (d.lgs. n. 358/92 e d.lgs. n.157/95), formalmente abrogate dal d.lgs. 163/06, le norme regionali incompatibili con la disciplina degli artt. 56 e57, nonché le disposizioni della Contabilità generale dello Stato (cfr. art. 41 r.d. 827/1924).

Prima di approfondire le previsioni recate dalle nuove disposizioni in materia di lavori, assume particolare importanza fare chiarezza innanzitutto in merito al regime applicabile relativamente alla procedura negoziata nei settori ordinari durante il periodo transitorio.

Al riguardo, si è posto subito il problema se, e fino a che punto, almeno sopra soglia, il legislatore nazionale possa sospendere l'efficacia di disposizioni di recepimento di direttive comunitarie, senza incorrere in una possibile infrazione al diritto europeo.

La disciplina contenuta nelle direttive in tema di trattativa privata era stata, invero, preannunciata dalla giurisprudenza, che si era segnalata per aver sostanzialmente disapplicato, per l'appunto, l'art. 24 della l. 109/1994 ed i limiti più restrittivi stabiliti dalla norma nazionale, a fronte della più ampia casistica di cui alla direttiva comunitaria.

Il disegno di riforma della Merloni si era fondato, come noto, sull'eliminazione di spazi di discrezionalità nei punti più critici della procedura d'appalto: l'aggiudicazione avviene esclusivamente al prezzo più basso; le offerte anomale sono escluse automaticamente; la trattativa privata e l'appalto concorso sono fortemente limitati; nei casi in cui è ammessa la valutazione

prezzo-qualità sono previsti criteri diretti ad elevare il giudizio della commissione di gara (c.d. “confronto a coppie”).

Anche la Corte Costituzionale aveva giustificato, in particolare, l’eliminazione di alcune fattispecie comunitarie tipiche di trattativa privata (ripetizione di lavori, ecc.) sul presupposto che il legislatore nazionale può individuare casi più ridotti di legittimo ricorso alla procedura negoziata rispetto a quanto previsto dalle corrispondenti direttive, in quanto l’effetto è di ampliare le ipotesi di procedure ad evidenza pubblica in coerenza con gli obiettivi del legislatore europeo, che sono di ampliare la concorrenza (sentenza n. 482/1995).

Le norme più recenti introdotte nell’ordinamento dei lavori pubblici avevano invece ricalcato, in materia di trattativa privata, le disposizioni delle direttive, come nel caso del d.lgs. 30/2004 in tema di appalti di lavori sui beni culturali.

L’art. 7 di tale provvedimento, infatti, disciplina le modalità di individuazione del contraente e di affidamento dei lavori, sostituendo l’art. 24 commi 1, lettera c), 5-bis e 7-bis della legge quadro (contestualmente abrogati), e prevedendo, tra l’altro, a determinate condizioni, l’affidamento a trattativa privata anche in caso di lotti successivi e di lavori complementari.

Dunque, posta la legittima riviviscenza delle norme contenute nell’art. 24 della legge n.109/94, almeno fino al 31 gennaio 2007, si può affermare che, “a regime”, gli artt. 56 e 57 del Codice introducono un pieno recepimento delle nuove direttive comunitarie, con una disciplina valevole peraltro anche sotto soglia (solo per la procedura negoziata senza bando nei lavori viene introdotto il limite di 1 milione di euro, nel caso di precedente gara deserta), che ammette la procedura negoziata in tutta una serie di ipotesi le quali, se applicate con rigore ed in presenza di tutti i presupposti in esse stabiliti, possono risultare di notevole utilità nel settore degli appalti pubblici.

Vengono, infatti, recuperate fattispecie che la legge 109/1994, salve le specifiche discipline relative ai lavori sui beni culturali ed ambientali, aveva eliminato dall’ordinamento nazionale. Si tratta appunto dell’affidamento di lavori similari e/o ripetitivi o dell’estensione contrattuale sino al 50% dell’importo originario del contratto.

Viene altresì mantenuta l’attuale ipotesi di trattativa privata generalizzata per lavori sotto i 100.000 euro (cfr. art. 122), per i quali come è noto l’art. 24 della L. 109 non richiede specifiche motivazioni per il ricorso all’utilizzo della procedura derogatoria, né l’espletamento obbligatorio di una gara informale, attivabile solo in via di mera opportunità (arg. ex art. 78 del d.P.R. 554/99 in termini di gara informale tra almeno 3-5 candidati qualificati).

#### b.1). Appalti di lavori.

Sono previste innanzitutto due forme di procedura negoziata, e cioè quelle con previa pubblicazione di un bando e quelle senza pubblicazione di un bando.

Le prime sono possibili in tre casi, e cioè:

- a. quando, in una prima gara, siano state presentate offerte tutte irregolari o inammissibili. Tale ipotesi, come precisato, si applica però soltanto ai lavori di importo inferiore ad un milione di euro;
- b. in casi eccezionali, quando non risulta possibile la preliminare determinazione dei prezzi da porre a base di appalto;
- c. relativamente ai lavori da realizzare a scopo di ricerca o sperimentazione.

Le stazioni appaltanti richiedono la presentazione di offerte concernenti gli elementi che ritengono opportuni (e perciò soltanto il ribasso ovvero questo unitamente ad altri elementi) e, successivamente all’esito di questa prima fase, aprono una fase di negoziazione con tutti gli offerenti, onde ottenere eventuali migliorie economiche ed eventualmente migliorie concernenti anche altri aspetti del rapporto (ad esempio, diminuzione del termine di esecuzione o modalità esecutive particolari etc.).

È data la possibilità alle amministrazioni di prevedere, nel bando di gara o nel capitolato speciale, che la prima parte della procedura si svolga per fasi successive, finalizzate alla riduzione del numero dei concorrenti con cui attuare la negoziazione definitiva. Ciò sta a significare che, per esempio, l’amministrazione può articolare la prima parte della procedura in due fasi, ammettendo alla seconda soltanto i due o tre concorrenti che si siano meglio classificati nella prima.

Successivamente, darà luogo soltanto con questi alla negoziazione finale, nel contesto della quale richiederà miglioramenti alle offerte già presentate.

Sia nel caso di negoziazione con tutti gli offerenti, sia nel caso ora detto di negoziazione soltanto con quelli selezionati, se il criterio adottato è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è da ritenere che l'amministrazione possa affinare i criteri indicati nel bando, onde richiedere ai concorrenti elementi specifici più appropriati in relazione alle particolarità tecnico-economiche delle offerte.

Per quanto concerne le procedure negoziate senza pubblicazione del bando di gara, l'amministrazione è legittimata a procedere con tale sistema solo a seguito di provvedimento motivato della sussistenza di tutti i presupposti giuridici e di fatto, nei seguenti casi:

**a.** gara deserta o per assenza di offerte appropriate o di candidature; in tal caso, nella procedura negoziata non possono essere sostanzialmente modificate le condizioni di gara del primo esperimento. Anche in tal caso, la fattispecie è applicabile esclusivamente ad appalti di importo inferiore ad un milione di euro;

**b.** qualora sussistano ragioni di natura tecnica, per cui l'appalto può essere affidato soltanto ad una determinata impresa;

**c.** nei casi di estrema urgenza, qualora ricorrano tre condizioni, e cioè: 1) l'urgenza stessa derivi da eventi imprevedibili; 2) non sia compatibile con i termini necessari ad espletare una normale procedura di gara; 3) l'urgenza non sia riconducibile a colpe o negligenze dell'ente appaltante.

**d.** lavori complementari divenuti necessari all'esecuzione dell'opera per effetto di una circostanza imprevista, purché il loro valore non superi il 50% del valore del contratto iniziale. Per lavori complementari, si intendono i lavori aventi natura extra-contrattuale, e cioè quelli che di fatto costituiscono opere ulteriori rispetto a quelle originariamente previste in contratto (es., un ulteriore tratto di galleria ovvero un ulteriore svincolo stradale), ma che sono divenuti indispensabili per la completezza tecnica e funzionale dell'opera nel suo complesso). Il chiarimento è rilevante per distinguere tale ipotesi da quella delle maggiori opere necessarie, aventi carattere contrattuale (es., maggiori consolidamenti per realizzare un tratto di galleria originariamente previsto ovvero maggiori fondazioni per realizzare la strada originariamente prevista).

In tal caso, si ricade infatti nell'istituto della variante in corso d'opera, trattandosi di maggiori lavorazioni necessarie a realizzare l'oggetto contrattuale originariamente previsto, e perciò a tale specifica disciplina dovrà farsi riferimento;

**e.** lavori simili a quelli oggetto dell'appalto originario, ove ricorrano tre condizioni: 1) che tale possibilità sia stata prevista nel bando; 2) che la procedura negoziata avvenga nei tre anni successivi alla stipula del primo contratto; 3) che i lavori simili risultino indicati in un progetto base, posto a fondamento del primo esperimento di gara. L'importo complessivo stimato dei lavori successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai delle soglie di cui all'art. 28.

Relativamente a tutte e cinque le dette ipotesi, è stabilito che, qualora risulti possibile, l'ente appaltante individua, tramite informazioni di mercato, almeno tre soggetti idonei da invitare alla negoziazione. Tale prescrizione ha carattere soltanto eventuale ("ove possibile"), ciò in quanto in alcuni casi la negoziazione è di fatto ad esecutore determinato, come nel caso dei lavori complementari o della ripetizione di opere simili, mentre in altri casi l'amministrazione deve valutarne la concreta possibilità, potendosi per esempio verificare che l'esigenza di tutelare l'incolumità pubblica abbia un'urgenza tale da non consentire neppure la negoziazione con tre imprese ovvero che sussistano ragioni di natura tecnica talmente rilevanti (es., un'opera imprevista da eseguire all'interno della stessa sezione di scavo) per le quali l'affidamento debba necessariamente avvenire ad opera dell'originario esecutore.

Nei casi in cui non si tratti di affidamento ad esecutore determinato, l'amministrazione sceglie almeno tre imprese in possesso della qualificazione richiesta, sulla base delle informazioni di cui dispone circa i soggetti operanti nel mercato; è però stabilito che debba essere rispettato il criterio della rotazione, individuando soggetti diversi rispetto a quelli invitati alla negoziazione originaria. I soggetti individuati sono invitati a presentare offerta sugli elementi ritenuti opportuni (prezzo ovvero anche altri elementi) e, successivamente, si apre la fase di negoziazione nella quale l'amministrazione richiede tutti gli ulteriori miglioramenti ritenuti utili per l'affidamento dell'appalto.

## b.2) Appalti di forniture e servizi

Per quanto concerne la procedura negoziata con pubblicazione di bando, valgono anche per le forniture e i servizi le medesime ipotesi di ammissibilità e le stesse regole sopra illustrate per i lavori.

L'art. 56 contempla, tuttavia, un ulteriore caso di ricorso a detta procedura limitatamente ai servizi, stabilendo la praticabilità della negoziata con bando per i servizi rientranti nella categoria 6 dell'All. II A e per le prestazioni di natura intellettuale, quali la progettazione di opere, sempreché la natura della prestazione renda impossibile la fissazione delle specifiche tecniche contrattuali.

Relativamente alla negoziata senza previa pubblicazione del bando, occorre distinguere invece le forniture dai servizi.

Per le prime, le ipotesi configurate dall'art. 57 sono le seguenti:

- a) gara deserta o per assenza di offerte appropriate o di candidature;
- b) ragioni tecniche che impongono l'affidamento ad un esecutore determinato;
- c) estrema urgenza risultante da eventi imprevedibili, incompatibili con i termini imposti dalle procedure ordinarie;
- d) i prodotti oggetto dell'appalto sono fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione o di studio;
- e) consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, posto che il cambiamento di fornitore obbligherebbe la S.A. ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbe incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovati non può superare i tre anni;
- f) forniture quotate o acquistate in borsa;
- g) acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività oppure dal liquidatore o curatore fallimentare o o di procedura equivalente.

Per i servizi, invece, oltre alle ipotesi valide per le forniture di cui alle lettere a), b) e c) di cui sopra, la negoziata senza bando è consentita altresì:

- d) qualora il contratto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso;
- e) servizi complementari, non compresi nel progetto o contratto iniziale, che a seguito di una circostanza imprevista siano divenuti necessari all'esecuzione del servizio, purché aggiudicati al soggetto che presta tale servizio, nel rispetto di due condizioni: 1. i servizi non possono essere separati sotto il profilo tecnico o economico dal contratto principale senza recare danni o gravi inconvenienti alla S.A., ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto sono strettamente necessari al suo perfezionamento; 2. il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto originario;
- f) per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'aggiudicatario del contratto iniziale, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base aggiudicato, il ricorso alla negoziata avviene nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale, e tale ipotesi sia stata indicata nel bando originario. L'importo complessivo stimato dei servizi successivi va computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'art. 28.

Inoltre, l'art. 125 amplia le tipologie di lavori eseguibili con il sistema in economia (fino a 500.000 euro), con interpellato di almeno cinque imprese previa gara ufficiosa (nella trattativa privata ordinaria sono elevate a sei, ai sensi dell'art. 62), salvi i lavori fino a 40.000 euro per i quali è possibile l'affidamento diretto/fiduciario.

## **21) Il dialogo competitivo**

Uno degli aspetti maggiormente innovativi del Codice è senza dubbio rappresentato dalla disciplina in tema di “dialogo competitivo”.

La nozione di dialogo competitivo è fornita dall’art. 1, par. 11, lettera c) della direttiva 2004/18 recepito dall’art. 3, comma 39 del Codice, laddove viene definito come “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 sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte; a tale procedura qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare”.

Trattasi, quindi, di una nuova tipologia di procedura di gara, che va ad aggiungersi a quelle già esistenti (aperta, ristretta e negoziata), costituendo una sorta di “*quartum genus*” e non anche un mero criterio di selezione nell’ambito delle procedure ristrette (*alias*: appalto-concorso).

La caratteristica principale di tale procedura consiste nel coinvolgimento delle imprese in settori caratterizzati da una particolare complessità, rispetto ai quali le amministrazioni non sono in grado di formulare con precisione, al momento della pubblicazione del bando, i termini dell’appalto, né di conoscere le soluzioni tecnico-finanziarie che il mercato è potenzialmente in grado di offrire.

In linea con la disciplina comunitaria, il legislatore del Codice ha tuttavia attribuito a tale forma di affidamento un carattere del tutto eccezionale e residuale, posto che la regola generale è che l’amministrazione dovrebbe essere sempre in condizione di valutare il modo di realizzare il pubblico interesse, procedendo allo studio di fattibilità ed eventualmente alle successive fasi di progettazione.

Il presupposto fondamentale per procedere al dialogo competitivo, oltre a quello di ritenere che l’esperimento di una normale procedura di gara sarebbe infruttuoso ai fini dell’aggiudicazione, consiste nella necessità di affidare un appalto particolarmente complesso.

Tale condizione si verifica in due ipotesi alternative, e cioè quando la stazione appaltante (art. 58, comma 2):

1) non è oggettivamente in grado di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi,

2) non è oggettivamente in grado di specificare l’impostazione giuridica o finanziaria di un progetto (appalto o concessione).

Il Codice identifica come “particolarmente complessi” quegli appalti per i quali l’amministrazione “non dispone, per fatti 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 sulle componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche” (art. 58, comma 2, ult. per.)

In buona sostanza, l’amministrazione non dispone o non è in condizione di predisporre neppure lo studio di fattibilità dell’opera.

L’assenza degli studi e la connessa impossibilità di attuarli devono comunque avere carattere oggettivo, non potendo ricollegarsi a carenze od inadempienze dell’amministrazione.

Tale impostazione di fatto circoscrive la possibilità di utilizzare il dialogo competitivo ad ipotesi ad elevatissima complessità, per le quali l’apporto creativo e progettuale dei concorrenti risulta indispensabile fin dalla fase ideativa dell’intervento.

Lo stesso art. 58 stabilisce che la delibera a contrattare dell’amministrazione deve contenere una specifica motivazione in ordine alla sussistenza dei predetti requisiti; e ciò costituisce un significativo strumento di controllo in ordine alla legittimità e razionalità delle scelte dell’amministrazione.

Si può ritenere che la procedura in esame si articoli, in sintesi, in tre fasi:

a) La selezione dei candidati

Le amministrazioni aggiudicatrici pubblicano il bando di gara – eventualmente accompagnato da un documento descrittivo – in cui rappresentano le proprie necessità ed obiettivi ed indicano i requisiti di ammissibilità che i concorrenti devono possedere per la partecipazione al dialogo.

Successivamente, la S.A. procede alla selezione dei candidati sulla base dei predetti requisiti che, in questa fase, in assenza di documentazione progettuale di riferimento, devono ritenersi commisurati

agli obiettivi che l'Amministrazione si propone di realizzare e di cui, in questa fase, non può che avere una visione di larga massima.

Il bando o il documento descrittivo devono altresì indicare i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83 del Codice stesso, nonché il termine per la presentazione della domanda di partecipazione.

I suddetti criteri di valutazione non sono immutabili, visto che, le stazioni appaltanti possono sempre precisarli in relazione alle peculiarità della soluzione o delle soluzioni individuate in esito alla fase del dialogo, sempreché ciò non comporti una violazione del principio di concorrenza e non discriminazione (art. 58, comma 13).

b) la fase del "dialogo" vera e propria

Terminate le operazioni di selezione dei candidati, le amministrazioni avviano con gli stessi un "dialogo", finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità.

Innanzitutto, è previsto che, durante il dialogo, le stazioni appaltanti non possano rivelare agli altri concorrenti le soluzioni proposte, né altre informazioni riservate comunicate dagli stessi, salvo aver acquisito il loro previo consenso (art. 58, comma 8).

Il dialogo perciò, di regola, ha luogo non in forma collettiva, bensì in forma individuale e riservata.

Inoltre, onde garantire la parità di trattamento, è fatto divieto agli enti committenti di fornire, in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni partecipanti rispetto ad altri.

In seguito, le SS.AA., applicando i criteri di aggiudicazione precisati nel bando di gara o nel documento descrittivo, possono gradualmente ridurre il numero di soluzioni da discutere (art. 59, comma 9) e possono articolare il dialogo per sub-fasi, finché non sono in grado di individuare, se del caso dopo averle confrontate, la soluzione o le soluzioni che possano soddisfare le proprie necessità o obiettivi.

Il Codice consente inoltre all'Amministrazione di concludere questa fase con la scelta di una o più soluzioni da porre a base della successiva gara, anche se la regola dovrebbe consistere nella scelta di un'unica soluzione, per evidenti ragioni di omogeneità del confronto della fase successiva.

Si ritiene peraltro che l'amministrazione possa anche prevedere nel bando che, a conclusione della fase del dialogo, porrà a base della successiva gara un'unica soluzione risultante però dalla fusione di elementi contenuti in più soluzioni.

Va anche evidenziato che la fase del dialogo può concludersi senza l'ottenimento di una soluzione effettivamente rispondente alle necessità indicate dall'amministrazione (art. 58, comma 11).

In tal caso, il Codice ha previsto che le stazioni appaltanti sono esonerate da qualsivoglia responsabilità, ed hanno unicamente l'obbligo di informare tempestivamente i partecipanti circa le ragioni della scelta operata di non proseguire la procedura; ai concorrenti, peraltro, non spetta alcuna forma di indennizzo o risarcimento, fatta salva l'ipotesi in cui il bando abbia previsto premi od incentivi per la partecipazione alla procedura stessa.

Dopo aver dichiarato concluso il dialogo, le stazioni appaltanti invitano i candidati a presentare le loro offerte finali in base alla o alle soluzioni prescelte nella fase del dialogo stesso.

Al riguardo, occorre anzitutto chiarire quali sono i soggetti che debbono essere invitati a presentare l'offerta.

Dalla lettura del comma 12 dell'art. 58 sembra inoltre emergere l'indicazione che tutti gli originari partecipanti al dialogo debbono essere invitati a presentare l'offerta.

D'altra parte, invece, sembrerebbe opportuno che la S.A. avvalga delle previsioni di cui al comma 17, che configurano la possibilità di prevedere premi per i partecipanti a tale procedura. Ciò assume particolare importanza non solo per il vincitore del dialogo, laddove quest'ultimo non divenga aggiudicatario finale, perché in tal caso il premio va a ristorare i costi di progettazione sopportati, ma costituisce comunque un incentivo ad una più ampia partecipazione al dialogo.

Come precisato, la procedura può concludersi con l'individuazione di una o più soluzioni idonee a soddisfare gli obiettivi dell'amministrazione, ma l'ipotesi più confacente dovrebbe essere quella che vede a base della successiva gara una sola ipotesi progettuale.

Naturalmente, l'amministrazione, sulla base dei criteri di buon andamento, sceglierà e metterà a base di gara più soluzioni quando le ritenga tutte idonee a soddisfare le sue finalità e perciò tali da consentire l'aggiudicazione al progetto sviluppato sulla base dell'una o dell'altra.

Nel caso in cui l'amministrazione scelga di porre a base di gara più soluzioni, sarà necessario disciplinare in modo adeguato la gara, considerato che il confronto tra le varie offerte avverrà, gioco-forza, su basi eterogenee.

Da qui, l'esigenza (prevista dall'art. 58, comma 13) che in tale sede vengano articolati criteri di attribuzione dei punteggi tali da rendere omogenea la valutazione delle offerte presentate in base alle diverse soluzioni.

E' previsto poi, che l'offerta debba presentare tutti gli elementi richiesti ed indispensabili per l'esecuzione del progetto (art. 58, comma 12, ultimo periodo).

Da tale disposizione si evince che, sotto il profilo tecnico, l'offerta deve contenere un progetto di livello esecutivo e comunque tutti gli elementi perché l'opera sia cantierabile.

E' altresì precisato che, nel corso dello svolgimento della gara, su richiesta della stazione appaltante, le offerte presentate possono essere ulteriormente chiarite, precisate e perfezionate, purché ciò non comporti una modifica degli elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto posto a base di gara; ciò onde evitare effetti discriminatori per i concorrenti (art. 58, comma 14).

Al termine della procedura, le stazioni appaltanti, dopo aver valutato le offerte ricevute sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara - o nel documento descrittivo - e di quelli messi a punto "a valle" del dialogo, aggiudicano all'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 58, comma 4).

Una volta individuata l'offerta migliore, le SS.AA. possono anche chiedere ulteriori chiarimenti e precisazioni in merito; l'unico limite posto a tale attività di "rinegoziazione" dei contenuti dell'offerta attiene all'impossibilità di modificarne gli elementi fondamentali (art. 58, comma 16).

## **22) L'accordo quadro**

L'accordo quadro viene definito come "un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti ed uno o più operatori economici 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, la quantità previste" (art. 3, par. 13 del Codice).

Si tratta di uno strumento di snellimento e semplificazione per le amministrazioni, in quanto, attraverso apposita procedura ad evidenza pubblica, la stazione appaltante seleziona una o più imprese alle quali, in un determinato periodo e con determinate modalità, affiderà tutti gli appalti inerenti un settore specifico della sua attività.

La novità contenuta nel Codice è che l'istituto, in passato previsto unicamente nei settori speciali, sebbene con notevoli differenze procedurali (art. 16 d.lgs. n. 158/95), viene esteso anche ai settori ordinari (peraltro, lo si ribadisce, detta estensione è al momento sospesa, ai sensi della legge n. 228/06).

Ferma l'applicabilità nel campo delle forniture e dei servizi, per quanto concerne in particolare il settore dei lavori, gli accordi-quadro sono ammessi unicamente per le manutenzioni, nonché per altri lavori, connotati da requisiti di serialità (ovvero ripetitività nel tempo della stessa prestazione) e caratteristiche esecutive standardizzate, da prevedersi nel regolamento di attuazione.

Da notare inoltre che, mentre per i lavori di manutenzione l'operatività dell'accordo-quadro è immediata, relativamente agli altri casi (lavori con caratteristiche di serialità), essa è subordinata all'emanazione del regolamento attuativo.

Ai sensi dell'art. 59, la durata dell'accordo-quadro non può eccedere i quattro anni, salvo casi eccezionali, debitamente motivati in base all'oggetto del contratto.

Ciò stà a significare che, nei casi in cui un'amministrazione intenda determinare la durata di un accordo-quadro per un termine eccedente i quattro anni, è tenuta ad esplicitare nella delibera a contrattare un'adeguata e specifica motivazione, che dia conto dell'esigenza di tale maggiore termine in relazione all'accordo-quadro da concludere (per es.: perché le caratteristiche dell'oggetto dell'accordo-quadro da concludere impongono tale maggiore termine ai fini dell'esecuzione di un'opera con caratteristiche di unitarietà).

Dal punto di vista procedimentale, la disciplina in tema di accordi quadro conferma, in linea generale, quella previgente nei settori speciali, con la previsione di due diverse fasi.

La prima fase, volta alla conclusione dell'accordo-quadro con uno o più operatori, in cui le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad adottare una delle procedure disciplinate dal Codice (aperta, ristretta o negoziata), nonché uno dei criteri di aggiudicazione ivi previsti (offerta economicamente più vantaggiosa o prezzo più basso).

E' da osservare che, quale che sia il criterio di aggiudicazione prescelto, l'amministrazione dovrà necessariamente indicare nel bando il numero dei soggetti che verranno scelti quali titolari dell'accordo-quadro, nonché gli ulteriori criteri per la loro individuazione (per es. i cinque migliori classificati) e per l'individuazione dei prezzi e delle altre condizioni da porre a base dei successivi affidamenti (per es.: la media dei prezzi offerti dai soggetti risultati titolari dell'accordo).

Altro principio generale, assai significativo, è quello stabilito al comma 3 dell'art. 59, secondo cui, una volta scelti gli operatori economici parti dell'accordo-quadro, allorché successivamente l'amministrazione procede agli affidamenti di ciascun appalto, non può "apportare modifiche sostanziali alle condizioni fissate in tale accordo".

La *ratio* di tale disposizione appare chiara: poiché il numero dei partecipanti alle gare risulta assai limitato per un certo numero di anni (addirittura è prevista l'ipotesi dell'accordo-quadro con un solo operatore), il legislatore, al fine di evitare abusi o privilegi, pretende che tutte le condizioni dei futuri appalti risultino già predeterminate, per lo meno nella loro parte sostanziale, nell'accordo-quadro.

In particolare, è da ritenere che le procedure finalizzate alla conclusione dell'accordo-quadro debbano condurre alla predeterminazione quantomeno di un doppio ordine di elementi essenziali:

- a) i prezzi unitari da porre a base dei successivi affidamenti;
- b) la descrizione delle modalità di esecuzione delle singole categorie di lavoro.

Da tale impostazione derivano due conseguenze:

- qualora in sede di aggiudicazione dell'appalto, il criterio sia quello del prezzo più basso, i prezzi a base d'asta devono comunque essere quelli fissati nell'accordo-quadro, con eventuali marginali ritocchi;

- qualora il metodo prescelto sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, agli offerenti possono essere richiesti ulteriori elementi tecnici, ma anche in tal caso non tali da stravolgere sostanzialmente le condizioni e le modalità esecutive predeterminate nell'accordo stesso.

La seconda fase è finalizzata invece alla stipula degli affidamenti attuativi degli accordi-quadro.

Il legislatore opera una distinzione, a seconda che l'accordo-quadro sia stato concluso con uno ovvero con più soggetti.

La prima ipotesi – e cioè quella della scelta di un unico operatore – ha di norma carattere del tutto eccezionale; in ogni caso, qualora l'amministrazione ritenga di adottare tale forma di accordo-quadro, deve darne adeguata motivazione.

Nell'ipotesi di accordo stipulato con un unico contraente, gli appalti basati sul medesimo sono aggiudicati alle condizioni ivi fissate; alla committente viene unicamente consentito di consultare in forma scritta l'operatore parte dell'accordo originario, chiedendogli di completare le parti dell'offerta presentata, eventualmente non ancora definite, fatto salvo il divieto di apportare modificazioni sostanziali alle condizioni precedentemente fissate nell'accordo stesso.

Qualora, invece, l'accordo venga stipulato con più operatori (il cui numero non può essere inferiore a tre, sempreché esista un tale numero di operatori economici che soddisfino i criteri di selezione e/o di offerte accettabili in base ai criteri di aggiudicazione), sono previste due diverse ipotesi operative.

Infatti, se nell'accordo sono state già stabilite tutte le condizioni di ogni singolo appalto "a valle", questo può essere affidato ad uno qualunque dei soggetti firmatari dell'accordo, senza avviare un nuovo confronto competitivo tra le parti.

Per tale eventualità, il Codice ha opportunamente stabilito che, al fine di consentire la scelta dell'operatore economico cui affidare il singolo appalto, l'accordo quadro debba contenere l'ordine di priorità tra i vari operatori economici (verosimilmente l'ordine in cui si sono classificati alla gara per l'affidamento dell'accordo-quadro), nonché il criterio di rotazione per l'assegnazione di ogni singolo appalto.

In tal caso è da ritenere che tutti gli appalti affidati a rotazione debbano avere le medesime condizioni tecniche ed economiche fissate nell'accordo-quadro, eventualmente affinate; ciò perché,

non avendo luogo un confronto competitivo tra i titolari dell'accordo-quadro, tutti gli affidamenti debbono avere condizioni omogenee.

In luogo della rotazione, l'amministrazione può altresì indicare nell'accordo-quadro che i successivi appalti verranno affidati attraverso un ulteriore confronto competitivo tra tutti i titolari del medesimo accordo-quadro.

Se, invece, l'accordo-quadro non ha fissato tutte le condizioni relative agli appalti da aggiudicare, l'amministrazione è obbligata a rilanciare il confronto competitivo fra i firmatari dell'accordo stesso.

In quest'ultima ipotesi il confronto deve avere ad oggetto sia le predette condizioni non predeterminate, sia, eventualmente, altre condizioni dell'accordo-quadro, indicate a discrezione dell'amministrazione.

Qualora si attivi il confronto competitivo, esso avviene in base alla seguente procedura:

- a) per ogni appalto da aggiudicare, le stazioni appaltanti consultano per iscritto gli operatori economici che sono in grado di realizzare l'oggetto dell'appalto;
- b) le stazioni appaltanti fissano un termine sufficiente per presentare le offerte relative a ciascun appalto e il tempo necessario per la trasmissione delle offerte;
- c) le offerte sono presentate per iscritto e il loro contenuto deve rimanere segreto fino alla scadenza del termine previsto per la loro presentazione;
- d) le stazioni appaltanti aggiudicano ogni appalto all'offerente che ha presentato l'offerta migliore sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel capitolato d'onere dell'accordo quadro.

A ben vedere, nell'attuare le modalità di gara per l'aggiudicazione di ogni singolo appalto, l'amministrazione non è rigidamente vincolata alle norme procedurali della parte II del Codice, ma ai principi generali del Trattato posti a tutela della concorrenza.

### **23) Le aste elettroniche**

La *ratio* che ha ispirato il Legislatore nell'emanazione delle nuove norme in materia di aste elettroniche è senza dubbio quella della "semplificazione procedimentale" o, se si preferisce, della "de-burocratizzazione", attraverso l'utilizzo di moderne tecnologie in vece del tradizionale supporto cartaceo.

Invero, nel nostro ordinamento positivo la materia era già stata disciplinata dal d.P.R. n. 101/02, avente peraltro un ambito dispositivo ben più "innovativo" rispetto a quello delle direttive comunitarie di coordinamento, da cui traggono origine le previsioni del "Codice dei contratti".

Ad ogni buon conto, almeno ad un primo esame, tra le due disposizioni non vi sarebbe dicotomia, posto che il Regolamento di cui al citato d.P.R. n. 101 – sebbene temporalmente antecedente – può a pieno titolo considerarsi norma attuativa e di dettaglio in tema di gare "assistite" da supporto informatico e tecnologico, sia sopra che sotto soglia.

Rammentiamo a noi stessi, infatti, che tanto le procedure di "market place", quanto – più in generale – quelle sino ad oggi sperimentate da CONSIP e da numerose altre SS.AA. pubbliche sono state regolamentate proprio dalle previsioni del d.P.R. citato.

Ciò in disparte, con specifico riguardo alle prescrizioni di rango comunitario, va subito avvertito che la peculiarità dell'asta "on line", rispetto alle procedure tradizionali, è rappresentata dal fatto che il luogo in cui si svolgono le contrattazioni tra le amministrazioni committenti e gli operatori economici è puramente "virtuale", in quanto accessibile solo "via internet". Il Codice definisce l'asta elettronica "un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso, e/o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico" (art 3, comma 15).

Viene quindi proceduralizzata e circoscritta entro precise modalità l'attività di taluni soggetti aggiudicatori che già utilizzavano questa forma di aggiudicazione in piena libertà.

Da un punto di vista procedurale, l'art. 85, comma 1, del Codice prevede che "nelle procedure aperte, ristrette o negoziate previo bando (...) le stazioni appaltanti possono stabilire che l'aggiudicazione di un appalto avvenga attraverso un'asta elettronica". Alle stesse condizioni si può

ricorrere all'asta elettronica anche in occasione dell'indizione di gare per appalti da aggiudicare nell'ambito degli accordi quadro e dei sistemi dinamici di acquisizione.

A ben vedere, quindi, nella visione comunitaria l'asta elettronica non rappresenta una procedura autonoma, ma piuttosto una tecnica alla quale le amministrazioni possono ricorrere nell'ambito delle procedure ordinarie (aperte, ristrette e negoziate), di cui sono tenute ad applicare, pertanto, le norme relative a termini e modalità di presentazione delle offerte.

Di contro, è da ritenere che l'asta elettronica non possa aver luogo negli appalti di servizi e di lavori che hanno ad oggetto prestazioni intellettuali. Ad esempio, non potrà essere utilizzata nell'ambito del dialogo competitivo, considerato che questa procedura implica attività progettuale da parte delle imprese a tutto campo, e perciò non suscettibile di valutazioni meccaniche.

Sotto il profilo sostanziale, il ricorso alle aste elettroniche risulta consentito unicamente quando le specifiche dell'appalto possono essere fissate in maniera precisa e la valutazione delle offerte sia effettuabile automaticamente attraverso un mezzo elettronico, sulla base di elementi quantificabili in modo tale da poter essere espressi in cifre o percentuali (art. 85, comma 3).

Dalle norme sopra indicate, emerge in sintesi che:

- ) l'asta elettronica è una fase di negoziazione che precede l'aggiudicazione di un appalto;
- ) ad essa si può ricorrere per i soli appalti le cui specifiche tecniche possono essere fissate in modo preciso dall'ente appaltante;
- ) si può dare luogo ad una gara "on line", solo a condizione che gli elementi fondamentali delle offerte siano rappresentati dal prezzo o - in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - da altri fattori, purchè quantificabili e suscettibili di valutazione in modo automatico.

In quest'ultimo caso, gli elementi di valutazione di cui all'art. 83 del Codice devono essere quantificabili meccanicamente secondo formule matematiche.

Occorre evidenziare tuttavia che l'art. 85, al comma 8, prevede l'ipotesi che siano ammesse varianti al progetto dell'amministrazione, che, di fatto, in buona sostanza, costituiscono anch'esse attività progettuale.

L'apparente contraddizione viene risolta dalla stessa norma che dispone che, nel caso siano ammesse varianti da parte dei concorrenti, l'amministrazione deve indicare le varianti ammissibili, nonchè stabilire, per ciascuna di esse, una formula matematica idonea ad attribuire meccanicamente il relativo punteggio.

Non v'è chi possa negare che, in concreto, tale modalità sia sicuramente di difficile applicazione, considerata la complessità di valutare in modo meccanico le varianti, che spesso hanno come contenuto attività progettuali dai multiformi aspetti.

Volendo, in sintesi, riassumere le previsioni legislative in materia, si può evidenziare che la procedura sia strutturata essenzialmente in due fasi:

**a)** la prima, che inizia con la pubblicazione di un bando di gara, con annesso capitolato d'oneri, da cui gli operatori interessati possono acquisire le necessarie informazioni concernenti la procedura di gara scelta dall'ente appaltante (aperta, ristretta o negoziata), le modalità di svolgimento dell'asta, le condizioni alle quali si può rilanciare (gli scarti minimi eventualmente richiesti per il rilancio), gli elementi i cui valori saranno oggetto di asta, gli eventuali limiti minimi e massimi dei valori degli elementi dell'offerta - nel caso in cui l'appalto debba essere aggiudicato tramite l'offerta economicamente più vantaggiosa - ed, infine, le prescrizioni tecniche relative al dispositivo elettronico utilizzato, le informazioni che saranno messe a disposizione degli offerenti nel corso dell'asta elettronica con eventuale indicazione del momento in cui saranno messe a loro disposizione.

Particolarmente significativa risulta l'indicazione legislativa secondo cui l'asta deve svolgersi in un'unica seduta e con predeterminazione nel bando dell'ora di chiusura, ciò che limita fortemente la possibilità di rilanci progressivi.

Successivamente, i concorrenti formulano le offerte cartacee in modo del tutto tradizionale, conformemente ai criteri di gara tradizionali, nelle quali indicano il/i prezzo/i offerti ed eventualmente gli ulteriori elementi richiesti.

Conseguentemente, prima di procedere all'asta elettronica, le stazioni appaltanti effettuano una prima valutazione delle offerte presentate, con le modalità stabilite nel bando di gara ed in conformità al criterio di aggiudicazione prescelto.

b) la seconda fase si apre con l'invito, per via elettronica, rivolto a tutti gli offerenti ammessi a partecipare all'asta presentando nuovi prezzi e/o nuovi valori; nell'invito sono indicate data e ora di inizio dell'asta e tutte le informazioni necessarie al collegamento individuale.

Qualora il criterio sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'invito è corredato del risultato della valutazione completa dell'offerta presentata dal concorrente, mentre la formula matematica, ivi indicata, integra la ponderazione di tutti i criteri stabiliti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa (quale indicata nel bando o negli altri atti di gara); a tal fine, le eventuali forcelle (esempio: ammissibilità del tempo offerto non inferiore e non superiore a determinate entità) devono essere precedentemente espresse con un valore determinato.

Per espressa previsione normativa, l'asta si svolge in unica seduta (non in più fasi, come invece previsto dalla disciplina comunitaria) e non può mai avere inizio prima che siano trascorsi due giorni lavorativi dall'invio degli inviti.

Vige, peraltro, l'obbligo per l'ente appaltante di comunicare costantemente e in tempo reale a tutti i partecipanti la rispettiva classificazione, sin dall'atto dell'avvio dell'asta elettronica.

L'ente appaltante ha facoltà di stabilire negli atti di gara che, nel corso dell'asta, renderà visibile a ciascun partecipante il contenuto delle offerte presentate dagli altri partecipanti alla gara.

Costituisce ulteriore facoltà per l'ente appaltante di rendere noto il numero dei partecipanti alla gara; è stabilito, peraltro, il divieto perentorio in ogni caso di rendere nota l'identità degli altri concorrenti a ciascun offerente fino all'aggiudicazione.

Durante lo svolgimento dell'asta, il dispositivo elettronico utilizzato dall'ente procede ad una riclassificazione automatica delle offerte in funzione dei nuovi prezzi e/o dei nuovi valori presentati, la cui formula matematica viene indicata già negli inviti.

L'asta si chiude nel giorno preventivamente indicato nel bando ed allo scadere dell'ora ivi fissata, senza possibilità per le amministrazioni di utilizzare altre procedure di chiusura dell'asta.

Dopo aver dichiarato conclusa l'asta elettronica, gli enti appaltanti danno luogo all'esclusione automatica delle offerte anomale (per gli appalti sotto soglia e qualora sia stato previsto nel bando) ovvero alla verifica dell'eventuale anomalia delle offerte, sulla base delle procedure di cui agli artt. 86-87-88, di cui si tratterà in altro punto della presente circolare. In ogni caso, la concreta possibilità di attuazione delle aste elettroniche resta subordinata all'emanazione di specifico regolamento, che dovrà definire la relativa disciplina di attuazione, concernente i presupposti e le condizioni specifiche per il ricorso alle aste elettroniche, i requisiti e le modalità tecniche della procedura di asta elettronica, nonché le condizioni e le modalità di esercizio del diritto di accesso agli atti della procedura.

Infine, è previsto (art. 85, comma 3) il principio secondo cui le stazioni appaltanti non possono ricorrere a detta procedura abusivamente o in modo tale da impedire, limitare o distorcere la concorrenza o comunque in modo da modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dal bando e dagli altri atti di gara.

## **24) Criteri di aggiudicazione**

La novità più rilevante in tema di criteri di aggiudicazione degli appalti è rappresentata dalla previsione di cui all'art. 81, comma 2, nella quale è stabilito che gli enti appaltanti scelgono, indicandolo nel bando di gara, il criterio di aggiudicazione che ritengono più adeguato alle caratteristiche dell'appalto.

In buona sostanza, la norma configura un'ampia discrezionalità dell'Amministrazione nella scelta del criterio di aggiudicazione da adottare, tra il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa, così recependo l'impostazione derivante dalle direttive comunitarie e dando piena attuazione alla sentenza della Corte di Giustizia U.E. n. 247/02 del 7 ottobre 2004.

Si tratta di un'innovazione significativa soprattutto per il settore dei lavori pubblici, ove la possibilità di ricorrere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa era, come noto, limitato ad ipotesi eccezionali (prevalenza della componente tecnologica o impiantistica).

Meritevole di nota è la disposizione di cui all'art. 81, comma 3, che attribuisce all'ente appaltante il generale potere di non procedere all'aggiudicazione dell'appalto, se nessuna offerta risulti conveniente o idonea. Relativamente al criterio del prezzo più basso, ciò sta a significare, ad esempio che, ancorché non anomala, l'offerta cui dovrebbe essere aggiudicato l'appalto potrebbe essere ritenuta eccessivamente elevata, e perciò non economica, in quanto non conforme alle aspettative di mercato. Naturalmente, in tal caso, il provvedimento di diniego dell'aggiudicazione, pur se fondato sulla norma giuridica in questione, deve contenere un'adeguata motivazione, che dia conto delle ragionevoli aspettative rispetto all'andamento del mercato e dell'inadeguatezza rispetto a queste dell'offerta formulata.

- a) Per quanto concerne il criterio del prezzo più basso (art. 82), viene ribadito che le modalità di attuazione dello stesso possono essere due, e cioè il prezzo più basso determinato mediante ribasso sull'importo a base d'asta ovvero il meccanismo dell'offerta a prezzi unitari, nel quale, come è noto, sono i concorrenti a formulare tutti i prezzi unitari inerenti ciascuna categoria di lavoro. La scelta tra il sistema del maggior ribasso ovvero dei prezzi unitari, anche in tal caso, è rimessa alla discrezionalità più ampia dell'amministrazione.
- b) Per quanto concerne, invece, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è noto che si tratta di un criterio particolarmente complesso, nel quale l'aggiudicazione non avviene soltanto sulla base del prezzo offerto, ma anche di altri elementi predeterminati ed individuati nel bando di gara.

L'articolo 83 del Codice elenca numerosi elementi di valutazione, ampliando l'enunciazione della normativa previgente, sottolineando espressamente che l'enunciazione ha carattere esemplificativo; il che sta a significare che l'amministrazione ha facoltà di stabilire elementi anche diversi da quelli oggetto dell'elencazione dell'art. 83, purché naturalmente congruenti con le caratteristiche dell'appalto e con le esigenze di una seria ed approfondita valutazione delle offerte sotto l'aspetto tecnico ed economico. A questo proposito, preme evidenziare che la discrezionalità dell'ente appaltante non può spingersi comunque fino a stabilire requisiti che attengano all'idoneità soggettiva del concorrente, considerato che la stessa giurisprudenza amministrativa ha più volte sottolineato che tali requisiti rilevano esclusivamente nella fase di ammissione alla gara e che l'offerta deve riguardare soltanto elementi oggettivi inerenti il prezzo, le modalità di esecuzione dell'opera ed eventualmente altre prestazioni accessorie.

Per quanto concerne i punteggi attribuibili a ciascun elemento di valutazione, la norma prevede due ipotesi. La prima, costituente regola generale, è quella nella quale la ponderazione di ciascun elemento di valutazione è predeterminabile con espressa previsione del bando; in tal caso il bando deve indicare il punteggio massimo attribuibile a ciascun elemento di ogni offerta, con facoltà di indicare una soglia minima, al di sotto della quale l'offerta stessa viene automaticamente considerata non idonea.

In questa ipotesi, lo scarto tra il punteggio massimo attribuibile e la soglia minima deve essere "appropriato", il che sta a significare che la soglia deve avere entità ragionevole e non essere, perciò, tale da limitare eccessivamente il confronto concorrenziale tra le offerte presentate.

La seconda ipotesi (comma 3), riguarda il caso in cui la predeterminazione nel bando dei punteggi massimi attribuibili a ciascun elemento sia impossibile per ragioni oggettive.

Presumibilmente, ricorre tale ipotesi, allorché si chiedi ai concorrenti un risultato tecnico non quantificabile nella sua entità massima, con la conseguenza che il punteggio massimo potrà essere stabilito a valle del confronto, una volta acquisiti i risultati conseguibili dalle varie offerte. Relativamente a tali ipotesi è prescritto che la stazione appaltante indichi nel bando di gara le motivazioni per le quali, nel caso specifico, la ponderazione numerica preventiva dei singoli elementi è impossibile; la prescrizione, evidentemente, ha la finalità di consentire ad ogni interessato il controllo circa la logicità delle scelte dell'amministrazione e l'effettiva sussistenza dei presupposti che impediscono la predeterminazione di parametri numerici oggettivi. Comunque, allorché si ricada in questa ipotesi, l'amministrazione è sempre tenuta ad indicare quantomeno l'ordine decrescente di importanza dei criteri di valutazione che saranno adottati, così vincolandosi, seppure in modo meno stringente, a parametri di giudizio predefiniti.

È, in ogni caso, data facoltà all'amministrazione di stabilire sub-criteri e sub-punteggi attinenti a ciascun elemento di valutazione, con relativi sub-punteggi massimi da attribuire a ciascuno.

Costituisce invece obbligo, per la commissione giudicatrice preposta alla valutazione delle offerte, predeterminare in apposito verbale, dopo il suo insediamento ma prima dell'apertura delle offerte, i criteri motivazionali cui si atterrà nell'attribuzione a ciascuna offerta dei punteggi inerenti ogni elemento di valutazione. In definitiva, la legge tende a rendere quanto più possibile oggettivo il giudizio finale della commissione, ancorandolo a vari elementi predeterminati, e cioè gli elementi di valutazione, i punteggi massimi ed eventualmente minimi, i sub-pesi ed infine i criteri motivazionali.

## **25) Commissioni aggiudicatrici**

L'art. 84 del d.lgs. 163/06 innova la materia relativa alla composizione delle commissioni giudicatrici, chiamate ad operare negli appalti nei quali sia utilizzato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il dato normativo sollecita le amministrazioni pubbliche a fare ricorso a risorse umane altamente professionali, preferibilmente presenti nel proprio organico, ipotizzando l'avvalimento di soggetti esterni solo in casi di accertata carenza (confermando quindi il principio base per il conferimento di qualsiasi incarico professionale).

Principio generale è ora che la commissione sia composta da tre o cinque esperti nello specifico settore dell'appalto e che sia comunque presieduta da un dirigente della stazione appaltante; così come di regola, gli altri commissari, scelti tra i funzionari della stazione appaltante.

La disposizione individua un novero molto ristretto di soggetti che possono far parte delle commissioni giudicatrici come esperti esterni, facendo riferimento a :

- a) professionisti iscritti da almeno dieci anni all'albo di appartenenza;
- b) professori universitari di ruolo.

Per tali figure devono essere organizzati degli elenchi, con la collaborazione degli ordini professionali e delle università, ai quali le amministrazioni possono fare ricorso secondo principi di trasparenza e di rotazione.

La norma, quindi, non consente ad esempio alle SS.AA. di avvalersi per la formazione delle commissioni giudicatrici di:

- 1) professionisti non iscritti ad albi;
- 2) soggetti che abbiano maturato esperienze specifiche in un determinato settore con attività svolte in diverso regime da quello libero professionale;
- 3) ricercatori appartenenti ad istituti non universitari.

L'ulteriore aspetto critico concerne il fatto che la disposizione siffatta impedisce alle SS.AA. anche di conferire incarichi per far parte di commissioni giudicatrici a funzionari di altre amministrazioni, in alternativa a quelli propri della stazione appaltante.

Inoltre, in luogo del sorteggio previsto dalla precedente legislazione, viene ora stabilito che, nell'ambito delle predette categorie, i commissari siano prescelti sulla base di criteri di "rotazione". La formulazione della norma, per la verità un po' generica, rimette alla discrezionalità dell'amministrazione la determinazione del contenuto del criterio di rotazione che, per esempio, potrebbe ragionevolmente stabilire che lo stesso professionista o professore non possa essere nominato commissario, prima del decorso di un certo termine dall'incarico precedente ovvero prima che un certo numero di altri incarichi siano stati assegnati ad altri commissari.

Elementi di garanzia sono poi esplicitati nei divieti, per gli esperti nominati nella commissione giudicatrice (fatta eccezione per il Presidente), di svolgere altre funzioni o incarichi tecnici o amministrativi relativamente al contratto oggetto dell'appalto.

Costituiscono inoltre elementi ostativi alla partecipazione alla commissione l'aver rivestito cariche di pubblico amministratore nell'ente appaltante nel biennio precedente, mentre è prevista l'esclusione da incarichi quale componente di commissioni di gara per coloro che, in qualità di membri di analoghi organismi, abbiano concorso, con dolo o colpa grave, accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi (comma 6).

Detta ultima disposizione va, peraltro, necessariamente coordinata con quella contenuta al comma 12 dell'art. 84, ove è stabilito che, in caso di rinnovo del procedimento di gara, a seguito di

annullamento dell'aggiudicazione o di esclusione di un concorrente, si provvede alla riconvocazione della medesima commissione.

## **26) La valutazione delle offerte anomale**

Il Codice disciplina in maniera articolata la procedura per l'individuazione e la verifica delle offerte anormalmente basse, introducendo vari elementi di novità in materia.

In primo luogo, l'art. 86 generalizza il criterio matematico di individuazione delle offerte anomale previsto dalla legge "Merloni" anche per i servizi e le forniture, purché aggiudicati con il criterio del prezzo più basso.

Dunque, viene confermato il principio secondo cui le stazioni appaltanti devono valutare la congruità delle offerte che presentino un ribasso eccedente la media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse, con esclusione del 10% delle offerte di maggiore e di minor ribasso, media incrementata dalla media aritmetica degli scarti delle offerte che superano la prima media.

Peraltro, il Codice fa espressamente salva la facoltà di sottoporre a verifica anche le offerte non ricadenti nella soglia di anomalia; tale facoltà sussiste poi, in via generale, laddove le offerte siano di numero inferiore a 5 (in tal caso, infatti, il meccanismo di calcolo della soglia non si applica) (art. 86, comma 3).

Peraltro, relativamente agli appalti sotto soglia, l'art. 122, comma 9, introduce un'importante innovazione, in quanto consente all'amministrazione appaltante di prevedere, con apposita clausola del bando, l'esclusione automatica di tutte le offerte che eccedono la media, come sopra calcolata. In altri termini, negli appalti sotto soglia, spetta alla stazione appaltante scegliere tra l'eventuale utilizzo del metodo dell'esclusione automatica ovvero l'adeguamento al criterio generale valevole per gli appalti sopra soglia, secondo cui le offerte che eccedono la media vanno sottoposte a verifica di congruità in contraddittorio con l'offerente.

Per quanto concerne il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è confermata la previsione che, sia per gli appalti sopra soglia, sia per quelli sotto soglia, le stazioni appaltanti devono procedere alla valutazione di congruità delle offerte, relativamente alle quali ricorrano due elementi, e cioè:

- a) il punteggio assegnato all'elemento prezzo sia pari o superiore i quattro quinti del punteggio massimo previsto per tale elemento;
- b) la somma dei punteggi assegnati agli altri elementi sia pari o superiore alla somma dei corrispondenti punteggi massimi stabiliti nel bando.

In pratica, per gli appalti con l'offerta economicamente più vantaggiosa si applica il criterio già in precedenza previsto esclusivamente per le gare di progettazione, in base al quale sono sottoposte a verifica le offerte che raggiungono almeno l'80% del punteggio massimo rispettivamente previsto sia sul prezzo che sugli altri elementi di valutazione.

Ulteriore innovazione di particolare rilievo è quella secondo cui, ove non si proceda con il meccanismo della "esclusione automatica", le offerte devono essere corredate delle giustificazioni idonee a consentire la verifica della loro congruità relativamente a tutte le voci di prezzo e perciò, in sostanza, all'importo complessivo dell'appalto (come si ricorderà, in precedenza, nei lavori tale obbligo concerneva voci di prezzo costituenti almeno il 75% dell'importo posto a base di gara; arg. ex art. 21 legge 109/94).

È consentito che il bando di gara o la lettera di invito indichino le modalità di presentazione di dette giustificazioni, per la evidente finalità di rendere omogenea l'analisi delle giustificazioni presentate dai vari concorrenti.

Qualora le giustificazioni presentate a corredo dell'offerta vengano ritenute sufficienti e perciò tali da escludere il giudizio di anomalia, ha luogo l'aggiudicazione provvisoria.

Se invece le giustificazioni non vengono ritenute sufficienti per escludere l'anomalia dell'offerta, l'ente appaltante deve chiedere al concorrente l'integrazione delle giustificazioni e potrà procedere all'esclusione, solo dopo avere attuato un contraddittorio con l'offerente, secondo la procedura di cui si dirà tra breve.

Quanto al contenuto sostanziale delle giustificazioni che l'amministrazione richiede sia in sede di offerta, sia eventualmente in sede di ulteriore verifica, questo è enunciato dall'art. 87, che prevede

che tali giustificazioni riguardino: l'economia del procedimento, le soluzioni tecniche adottate, le condizioni favorevoli di cui dispone l'offerente, l'originalità del progetto etc..

Va segnalato che l'elencazione della norma è formulata "a titolo esemplificativo", il che sta a significare che l'ente appaltante non è vincolato ad indicare gli elementi descritti, ma secondo il suo giudizio discrezionale può indicarne di ulteriori, purché naturalmente idonei e finalizzati a consentire una seria valutazione dell'anomalia dell'offerta.

Per quanto riguarda gli elementi che possono essere presi in considerazione a giustificazione dell'offerta, il d.lgs. 163 ricalca, in buona sostanza, la normativa vigente (art. 87); in particolare, si evidenzia che, negli appalti di lavori non sono ammesse giustificazioni sugli oneri di sicurezza, che non sono assoggettati a ribasso, mentre nei servizi e nelle forniture i costi della sicurezza devono essere indicati nell'offerta e valutati dalla S.A. in relazione alla loro congruità.

Inoltre, il d.lgs. 163/06 non ammette la presentazione di giustificazioni sui trattamenti salariali minimi, in relazione ai quali invece parte della giurisprudenza aveva manifestato alcune aperture.

Ai sensi dell'art. 87, comma 1, l'Amministrazione ha facoltà di chiedere giustificazioni, in aggiunta a quelle già presentate e ritenute pertinenti agli elementi costitutivi dell'offerta, il che sta a significare che l'amministrazione gode di un certo margine di discrezionalità nell'individuare tutte quelle ulteriori giustificazioni, la cui esigenza sia emersa dall'offerta e dalle primitive giustificazioni ed analisi presentate.

Il procedimento di verifica dell'offerta presunta anomala si apre quindi con la richiesta di giustificazioni, che avviene necessariamente per iscritto.

Il Codice ammette inoltre la possibilità sia che il concorrente venga genericamente invitato a fornire tutte le giustificazioni ritenute utili, sia che nella nota dell'Amministrazione vengano già indicate le componenti dell'offerta da giustificare.

Dunque, nei casi in cui la S.A. non reputi sufficientemente idonee le giustificazioni rese a corredo dell'offerta, può procedere in vario modo:

- a) indicare all'offerente le componenti dell'offerta ritenute anormalmente basse, richiedendo in merito ulteriori elementi giustificativi;
2. ovvero, non indicare dette componenti, ma invitare genericamente l'offerente a fornire tutte le ulteriori giustificazioni che ritenga utili;
3. ovvero, infine, indicare le componenti ritenute anormalmente basse ed invitare specificamente l'offerente a fornire le ulteriori giustificazioni necessarie.

Quest'ultima modalità appare senza dubbio la più completa e rispondente all'esigenza di verifica approfondita dell'offerta.

Altro punto chiarito dalla novella legislativa (art. 88, comma 7) è che la verifica da parte dell'Amministrazione avviene progressivamente, partendo dalla migliore offerta anomala collocata utilmente in graduatoria, per passare all'esame delle successive soltanto in caso di esclusione di quest'ultima; alcune pronunce giurisprudenziali avevano infatti previsto l'obbligo di procedere alla verifica di tutte le offerte ricadenti nella soglia di anomalia, indipendentemente dalla loro posizione nella graduatoria di aggiudicazione provvisoria.

È previsto poi che per la presentazione delle ulteriori giustificazioni sia assegnato all'offerente un termine non inferiore a 10 giorni ed inoltre la possibilità per l'amministrazione di costituire, ove lo ritenga necessario, una commissione di esperti per la verifica dell'anomalia.

In ogni caso, e cioè sia quando all'esame proceda l'amministrazione con i suoi funzionari, sia quando vi proceda la commissione, è previsto che possano essere richiesti ulteriori chiarimenti all'impresa, che deve fornirli entro un termine non inferiore a cinque giorni. Allorché neppure questi chiarimenti ulteriori siano risultati idonei a fugare i dubbi in ordine all'anomalia, è prevista un'ulteriore fase di chiarimenti in contraddittorio, mediante la convocazione dell'offerente ed invito allo stesso ad indicare ogni ulteriore elemento utile.

In sostanza, innovando la precedente disciplina, il d.lgs. 163 precisa che il concorrente, prima di essere escluso, deve essere sempre convocato presso la stazione appaltante per fornire ogni elemento utile, anche in questo caso con anticipo di almeno cinque giorni lavorativi.

Al termine di tale complessa procedura, qualora il giudizio della stazione appaltante sia di inaffidabilità/inattendibilità dell'offerta, questa procede alla sua esclusione. Va da sé che detta esclusione deve essere congruamente e concretamente motivata, con indicazione delle componenti

dell'offerta ritenute eccessivamente basse e dei corrispondenti prezzi di mercato; naturalmente, deve trattarsi di componenti che abbiano un'incidenza sensibile sul complesso dell'offerta, e che perciò non abbiano carattere marginale.

## **27) Disciplina specifica dei contratti sotto soglia**

Secondo la previsione generale dell'art. 121, ai contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria (per le forniture e i servizi: €137.000,00 o €211.000,00; per i lavori €5.278.000,00 – arg. ex art. 28 del Codice) si applicano tutte le disposizioni della parte I (e cioè i principi generali, artt. 1-27), della parte IV (e cioè il contenzioso, artt. 239-246), della parte V (e cioè le disposizioni di coordinamento e transitorie, artt. 247-257); si applicano, inoltre, le disposizioni della parte II (e cioè quelle concernenti in generale la materia dei settori ordinari, comprese le norme relative ai contratti di rilevanza comunitaria, artt. 28-205), ma soltanto in quanto non derogate dalle norme specifiche del titolo II (artt. 121-125), concernenti appunto i contratti sotto soglia comunitaria.

### **A) Appalti di lavori**

Per quanto concerne in primo luogo le norme sulla pubblicità e i termini (commi da 1 a 6 dell'art. 122), il d.lgs. 163 riproduce in larga parte le disposizioni già vigenti nel nostro ordinamento e quindi non si pongono all'operatore amministrativo particolari dubbi interpretativi.

È da segnalare tuttavia che risultano modificati e semplificati gli obblighi di pubblicità, in quanto vengono previste soltanto due fasce di importo:

- gli appalti di importo pari o superiore a 500.000 euro, i cui bandi ed avvisi devono essere pubblicati sulla Gazzetta ufficiale italiana, sul “profilo del committente”, se istituito (art. 3, comma 35), sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture, sul sito informatico dell'Osservatorio e, per estratto, su almeno uno dei quotidiani a diffusione nazionale, ovvero su uno dei quotidiani a maggior diffusione locale. Risulta, perciò di fatto, venuto meno l'obbligo di pubblicazione sul Bollettino ufficiale della Regione, precedentemente previsto per gli appalti di importo compreso tra 500.000 ed 1 milione di euro.
- gli appalti di importo inferiore a 500.000 euro, che sono pubblicati nell'Albo pretorio del comune ove si eseguono i lavori (ove questi ricadano in più comuni è da ritenere che la pubblicazione vada fatta negli albi pretori di tutti i comuni interessati) e nell'albo della stazione appaltante.

Viene, comunque, fatta salva la possibilità, per l'ente appaltante, di attuare forme di pubblicità aggiuntive rispetto a quelle stabilite dalla legge, onde realizzare una maggiore conoscenza della procedura e, perciò, una maggiore concorrenza.

In tema di procedure di gara, per quanto concerne in particolare l'eventuale utilizzo del criterio dell'esclusione automatica delle offerte anomale, di cui al comma 9 dell'art. 122, si è già detto.

Relativamente, invece, alle procedure negoziate negli appalti sotto soglia, l'articolo 122, comma 7, afferma innanzitutto che sono applicabili interamente gli articoli 56 e 57, concernenti le procedure negoziate per gli appalti sopra soglia; inoltre, precisa che le procedure negoziate sono applicabili “anche per i lavori di importo complessivo non superiore a 100.000 euro”. Ciò sta a significare che, per gli appalti inferiori a tale limite, le amministrazioni non sono vincolate alle ipotesi previste dagli artt. 56 e 57 (gara deserta, ragioni tecniche, lavori complementari etc.), ma possono attuare la procedura negoziata in qualsiasi altra ipotesi ritenuta opportuna.

Pur nel silenzio della norma, applicando i principi generali, è da ritenere che il provvedimento debba comunque essere motivato.

Relativamente invece alla procedura negoziata, senza pubblicazione del bando, è possibile ricorrere ad essa anche al di fuori dei casi previsti dall'art. 57, ma nel rispetto della disposizione procedurale di cui al comma 6 della stessa norma, che prevede un confronto concorrenziale tra almeno tre operatori economici, sempre che ovviamente sussistano in tale numero sul mercato degli appalti e sempre che le circostanze non siano tali da imporre l'affidamento diretto ad un determinato appaltatore.

### **B) Appalti di forniture e servizi**

Rispetto alle disposizioni contenute nell'art. 122 in tema di lavori, la disciplina degli appalti di forniture e servizi sotto soglia comunitaria, di cui all'art. 124, si differenzia soprattutto per le seguenti previsioni:

1. i bandi vanno pubblicati necessariamente nella G.U.R.I. (dalla cui data decorrono gli effetti giuridici), oltre che nell'albo della Stazione appaltante e sui siti informatici di cui all'art. 66, comma 7;
2. le SS.AA. non sono tenute a pubblicare l'esito della procedura, di cui all'art. 65;
3. nelle procedure aperte, il termine di ricezione delle offerte non può essere inferiore a 15 gg. dalla data di pubblicazione del bando nella G.U.R.I.;
4. nelle procedure ristrette, nelle procedure negoziate con bando e nel dialogo competitivo, il termine di ricezione delle domande di partecipazione non può essere inferiore a 7 gg. dalla pubblicazione del bando nella G.U.R.I.;
5. nelle procedure ristrette, il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a 10 gg. dalla data di invio della lettera di invito;
6. nelle procedure negoziate, con o senza bando, e nel dialogo competitivo, il termine di ricezione delle offerte è stabilito dalle SS.AA. e comunque non può essere inferiore a 10 gg. dalla data di invio della lettera di invito;
7. nelle procedure aperte, negoziate con bando e nel dialogo competitivo, in presenza di avviso di preinformazione, il termine di ricezione delle offerte può essere ridotto a 10 gg. e, comunque, a non meno di 7 gg., decorrenti, rispettivamente, dalla pubblicazione del bando, per le procedure aperte, o dalla spedizione della lettera di invito, per le altre procedure;
8. nelle procedure ristrette e negoziate con bando, in presenza di ragioni d'urgenza "qualificata", il termine di ricezione delle domande non può essere inferiore a 10 gg. dalla data di pubblicazione del bando nella G.U.R.I.; nelle procedure ristrette, il termine di ricezione delle offerte non può essere inferiore a 5 gg. dalla data di invio della lettera di invito.

E' rinviata espressamente al regolamento attuativo, di cui all'art. 5 del Codice, la disciplina dei requisiti di idoneità morale, della capacità tecnico-professionale ed economica-finanziaria dei fornitori o prestatori di servizi.

Anche per le forniture e i servizi valgono le considerazioni svolte in precedenza in ordine all'eventuale ricorso all'utilizzo del criterio di esclusione automatica delle offerte anomale, ai sensi dell'art. 124, comma 8.

## **28) Licitazione privata semplificata**

Per quanto concerne la procedura della licitazione privata semplificata, la relativa disciplina resta sostanzialmente invariata. Pertanto, detta procedura è applicabile agli appalti di importo inferiore a 750.000 euro, ai sensi dell'art. 123 del d.lgs. 163/06.

La procedura ristretta semplificata può riguardare gli appalti aventi ad oggetto la "sola esecuzione", restando così escluse tutte quelle forme che prevedono attività progettuale da parte dell'appaltatore. Il numero minimo dei concorrenti da invitare ad ogni procedura viene portato da trenta a venti. Rimane per il resto invariata la procedura concernente la pubblicazione dell'elenco dei lavori, da effettuare entro il 30 novembre di ogni anno; le domande da parte degli interessati, da formulare entro il 15 dicembre successivo; la formazione dell'elenco che la stazione appaltante deve attuare entro il 30 dicembre (anziché come nella precedente normativa il 31) ed, infine, l'ordine di iscrizione nell'elenco, da effettuare mediante sorteggio pubblico.

Da notare che resta fermo il numero massimo di domande da presentare, che per i consorzi e le associazioni di imprese è pari a 180, mentre per gli altri operatori economici è pari a 30.

Nella precedente disciplina era previsto che, in sede di domanda, dovesse essere prodotta la dichiarazione di non avere presentato domande eccedenti il numero massimo previsto. Tale prescrizione non risulta riprodotta all'art. 123, ma sostituita da una forma di controllo da parte dell'Osservatorio, al quale devono essere trasmessi, da parte delle amministrazioni che attuano la procedura, tutti gli elenchi di imprese.

L'Osservatorio, mediante programma informatico, verifica il rispetto del numero massimo di elenchi in cui le imprese sono state inserite e, qualora accerti che tale numero è stato superato, dispone la cancellazione delle iscrizioni, avvenute successivamente al raggiungimento del numero massimo consentito.

Per il resto è confermata la previsione secondo cui i soggetti inseriti in elenco sono invitati ad ogni gara, secondo l'ordine di iscrizione in elenco, e possono ricevere ulteriori inviti soltanto dopo che siano stati invitati tutti i soggetti inseriti nell'elenco stesso, in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti.

## **29) Il sistema di esecuzione in economia**

### **A) Esecuzione di lavori in economia**

La disciplina in tema di esecuzione di lavori in economia (contemplata in precedenza dall'art. 24 della legge 109/94 e dagli artt. 88 e 142 e segg. del d.P.R. 554/99) rimane sostanzialmente invariata, salve le seguenti modifiche:

1. restano immutate le tipologie dei lavori eseguibili in economia (comma 6), ma la manutenzione di opere e di impianti (lettera b) viene elevata da 50.000 a 100.000 euro;
2. per quanto riguarda il cottimo fiduciario, viene consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento per i lavori di importo inferiore a 40.000 euro, in luogo del precedente limite di 20.000 euro (art. 144 del D.P.R. n. 554/1999);
3. sempre relativamente al cottimo, per gli appalti di importo compreso tra 40.000 e 200.000 euro, viene stabilito l'obbligo per l'ente appaltante di procedere a consultazione, e cioè mediante gara informale, tra almeno 5 operatori economici scelti sulla base di indagini di mercato ovvero individuati in elenchi predisposti dallo stesso ente appaltante. Dunque, è introdotta anche nei lavori la possibilità per l'amministrazione di predisporre elenchi di imprese, ai quali devono essere iscritti i soggetti che ne facciano richiesta e che siano in possesso dei requisiti prescritti per l'assunzione di appalti pubblici.

Sia nel caso in cui l'amministrazione opti per la scelta dei 5 operatori da consultare attraverso indagini di mercato, sia nel caso in cui attinga ai propri elenchi, deve rispettare i principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento, e perciò invitare ai cottimi successivi soggetti diversi da quelli invitati al cottimo precedente.

Si segnala, infine, la disposizione transitoria dell'art. 253, comma 22, che fa salve tutte le norme attuative dei lavori in economia, contenute nel d.P.R. n. 554/1999 (art. 88 ed artt. da 142 a 148), non derogati dalle disposizioni del Codice.

### **B) Gli acquisti in economia di beni e servizi**

Il ricorso al sistema in economia per l'acquisizione di beni e servizi viene concepito dal legislatore come importante strumento di semplificazione per la gestione dell'attività contrattuale sotto soglia comunitaria.

D'altra parte, nella relazione illustrativa al d.lgs. 163/06 (punto 4.2), si legge testualmente che *"Per gli appalti di servizi e forniture va considerato che, da un lato, la soglia di rilevanza comunitaria è piuttosto bassa, e che, dall'altro lato, per molti servizi e forniture le amministrazioni non contrattano direttamente con gli operatori economici, ma si avvalgono degli appalti stipulati dalla CONSIP. Inoltre il diritto vigente consente l'affidamento in economia di servizi e forniture fino alla soglia più bassa di servizi e forniture di rilevanza comunitaria. Fatte tali premesse, per tutti gli appalti di servizi e forniture sotto soglia si ipotizza di:*

- *fissare un regime di pubblicità semplificata;*
- *fissare termini ridotti rispetto a quelli comunitari;*
- *consentire servizi e forniture in economia fino alla soglia di rilevanza comunitaria;*
- *prevedere un regime semplificato di qualificazione".*

Parimenti, nella relazione all'art. 124 ("Appalti di servizi e forniture sotto soglia") si ribadisce che "... strumento giuridico flessibile è l'utilizzabilità dell'affidamento in economia di servizi e forniture..."

La disciplina dei servizi e forniture in economia viene in particolare contemplata all'art. 125 del Codice, che detta una disciplina mutuata peraltro dal d.P.R. n. 382/2001, rinviando per i dettagli al futuro regolamento.

Tuttavia, come stabilito dall'art. 253 ("Norme transitorie"): "22. *In relazione all'articolo 125 (lavori, servizi, forniture in economia) fino alla entrata in vigore del regolamento: (...) le forniture e i servizi in economia sono disciplinati dal decreto del Presidente della Repubblica 20 agosto 2001, n. 384, nei limiti di compatibilità con le disposizioni del presente Codice. Restano altresì in vigore, fino al loro aggiornamento, i provvedimenti emessi dalle singole amministrazioni aggiudicatrici in esecuzione dell'articolo 2 del citato decreto del Presidente della Repubblica n. 384 del 2001*".

Può innanzitutto ritenersi che la fissazione della soglia di ammissibilità del ricorso all'economia, coincidente con quella comunitaria, spingerà molte amministrazioni ad innalzare i più modesti importi generalmente previsti nei propri regolamenti interni, conseguendo un significativo effetto semplificatorio per tutta l'attività contrattuale infracomunitaria.

Vengono inoltre confermati i tradizionali sistemi di acquisizione in economia, ovverosia in amministrazione diretta e a cottimo fiduciario, le cui definizioni sono anch'esse riprese dall'art. 2 del su citato d.P.R. 384.

Si ribadisce inoltre la centralità della figura del responsabile del procedimento tipica del sistema dell'economia: "2. *Per ogni acquisizione in economia le stazioni appaltanti operano attraverso un responsabile del procedimento ai sensi dell'articolo 10*". (**v. nota**)

La norma va coordinata con il disposto di cui al comma 13 che ribadisce il divieto di artificioso frazionamento: "*Nessuna prestazione di beni, servizi, lavori, ivi comprese le prestazioni di manutenzione, periodica o non periodica, che non ricade nell'ambito di applicazione del presente articolo, può essere artificiosamente frazionata allo scopo di sottoporla alla disciplina delle acquisizioni in economia*".

Ulteriore limite strutturale al ricorso dell'economia è dato dalla tipologia dei beni e dei servizi che si possono acquisire mediante tale sistema semplificato. La scelta del Codice è quella di prevedere, conformemente all'assetto del d.P.R. n. 382/2001, accanto all'elenco delle voci di spesa preventivamente individuate con provvedimento di ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche esigenze, le quattro fattispecie già previste dall'art. 7 dello stesso DPR 382/2001 (c.d. "casi particolari"):

- 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;
- a) 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.

Rispetto all'elencazione dell'art. 7 del d.P.R. 384, si evidenzia una lieve rimodulazione nella formulazione delle fattispecie. In particolare, nel caso di cui alla lettera c), gli "acquisti di beni e servizi" vengono logicamente riferiti alle sole "prestazioni periodiche", laddove debba essere assicurata la continuità dell'erogazione nelle more di svolgimento delle procedure di scelta del contraente.

Anche in ordine alle modalità procedurali per l'affidamento dei cottimi si conferma al comma 11 il regime risultante dal d.P.R. n. 384, e dunque la regola della procedura negoziata tra almeno cinque operatori, salva la possibilità di affidamento diretto per importi inferiori a 20.000 Euro.

Si consente poi espressamente alle amministrazioni, per l'individuazione dei soggetti da invitare alle procedure informali, di istituire albi di operatori, con iscrizione aperta ai soggetti in possesso dei requisiti di qualificazione, e soggetti ad aggiornamento almeno annuale (comma 12). Come puntualizzato da recente giurisprudenza l'affidamento diretto è in questo caso legittimato dal solo importo, inferiore a 20.000 Euro, e non sono richieste ulteriori speciali circostanze. E' evidente che in tale ipotesi debbono osservarsi, a maggior ragione e con maggiore rigore, il principio del divieto di artificioso frazionamento al fine di eludere il limite di soglia, il criterio rotativo nell'affidamento, e la verifica di congruità economica dell'unica offerta acquisita. Infine, va osservato che la disciplina di cui all'art.125 trova applicazione anche per gli affidamenti in economia di servizi e forniture nei c.d. "settori speciali" (gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica sotto soglia comunitaria), in relazione al rinvio operato all'anzidetta norma dall'art. 238. Dunque, anche per i soggetti che operano in tali settori vale il limite di importo di 211.000 Euro e non invece la più elevata soglia per l'applicazione della direttiva 2004/17 fissata in 422.000 Euro.

#### NOTA

La soglia massima di ammissibilità del ricorso agli acquisiti in economia è fissata in applicazione del criterio già introdotto dal DPR 384/2001, adeguandolo alla nuova soglia comunitaria: *"9. Le forniture e i servizi in economia sono ammessi per importi inferiori a 137.000 per le amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 28, comma 1, lettera a) [autorità governative centrali], e per importi inferiori a 211.000 euro per le stazioni appaltanti di cui all'articolo 28, comma 1, lettera b) [altre amministrazioni diverse da quelle centrali]. Tali soglie sono adeguate in relazione alle modifiche delle soglie previste dall'articolo 28, con lo stesso meccanismo di adeguamento previsto dall'articolo 248"*.

### **30) La disciplina dei settori speciali**

La parte III del Codice contiene le disposizioni di attuazione della direttiva 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto nei c.d. "settori speciali".

Come noto, si tratta di quei settori che, inizialmente non formanti oggetto delle disposizioni in materia di appalti pubblici, sono stati successivamente regolamentati a livello europeo, sia pure con una disciplina particolare che tiene conto anche delle caratteristiche soggettive degli enti aggiudicatori (ad esempio: aziende di servizi operanti nel settore delle *public utilities*).

Si fa riferimento cioè ai soggetti operanti nelle attività relative al gas, energia termica ed elettricità, acqua, servizi di trasporto, servizi postali, sfruttamento di area geografica (artt. 207-213).

Occorre, tuttavia, evidenziare in primo luogo che alcune innovazioni apportate alla normativa sui settori ordinari (ad esempio, l'introduzione dell'accordo quadro) hanno notevolmente ravvicinato la disciplina relativa ai due settori, tanto che i modelli di bandi allegati al nuovo regolamento comunitario n.1564/2005, relativi, rispettivamente, ai settori ordinari e ai settori speciali, sono in pratica identici.

Il Codice, invero, opera una notevole omogeneizzazione della disciplina degli appalti nei settori speciali e di quella nei settori ordinari.

L'art. 206 elenca infatti le disposizioni della parte II del Codice applicabili ai contratti dei soggetti che operano nei settori speciali: per tali aspetti, dunque, la disciplina è identica a quella dei settori ordinari.

Tra le disposizioni comuni si ricordano quelle su: i soggetti partecipanti alle gare (art. 34); i consorzi stabili (artt. 35 e 36); le associazioni temporanee di imprese (art. 37); le cause di esclusione (art. 38); la cessione d'azienda (art. 51); la possibilità per i contratti di appalto di avere ad oggetto anche la progettazione, oltrechè l'esecuzione, dei lavori ed avere un corrispettivo a misura, oltrechè a corpo (art. 53, commi 1, 2, 3 e 4); le procedure aperte o ristrette (art. 55); il dialogo competitivo (art. 58); i criteri di aggiudicazione (artt. 81, 82, 83 e 84); l'asta elettronica (art. 85); la verifica delle offerte anomale (artt. 86, 87 e 88); il subappalto (art. 118); i piani di sicurezza (art. 131).

Inoltre, l'art. 206 indica tra le norme applicabili ai contratti dei settori speciali le disposizioni di cui alle parti I (principi comuni), IV (contenzioso) e V (disposizioni di coordinamento, finali e transitorie).

In tal modo vengono ad estendersi al settore speciale istituti e principi di carattere generale, quali il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, il controllo dell'Autorità di vigilanza, l'individuazione delle varie fasi delle procedure di affidamento e relativi controlli; il diritto di accesso agli atti, le regole che disciplinano i contratti misti, le procedure per risolvere il contenzioso.

Ciò non di meno, qui di seguito si illustrano le principali innovazioni recate dal Codice, rispetto alla disciplina contenuta nell'abrogato d.lgs. 17 marzo 1995, n.158.

### **1. Ambito di applicazione oggettivo e soggettivo**

La prima novità riguarda il fatto che il Codice, con maggior aderenza alla disciplina comunitaria, non riproduce la disposizione di cui all'art. 8, comma 6, del d.lgs. n. 158/95 ed all'art. 2, comma 4, della legge n. 109/94, che stabilivano l'applicabilità della disciplina speciale, ovvero di quella ordinaria, in base alla tipologia dei lavori oggetto di appalto. Si prevedeva, infatti, l'applicazione del d.lgs. n. 158 ai lavori il cui contenuto fosse direttamente condizionato dalle specificità tecniche del settore; ricadevano, invece, sotto il regime della legge n. 109/94 le c.d. "opere ordinarie", individuate specificamente dal d.P.C.M. n. 517/1997.

Ciò significa che, per qualsiasi tipologia di opere realizzate dai soggetti che operano nei settori speciali, la regolamentazione è oramai unica, eccezione fatta – verosimilmente – per la laconica previsione di cui all'art. 217 del Codice, rubricato "Appalti aggiudicati per fini diversi dall'esercizio di un'attività di ....settore speciale" (v. infra).

Un'altra differenza con la precedente disciplina si riscontra in relazione alle attività considerate "settori speciali", posto che la nuova direttiva ha, come noto, escluso il settore delle telecomunicazioni e ricompreso invece il settore dei servizi postali.

In entrambi i casi, la modifica di disciplina è riconducibile al grado di liberalizzazione ormai raggiunto dal settore.

Nelle telecomunicazioni si registra infatti l'avvenuta, effettiva apertura della concorrenza del mercato, vieppiù considerando che i soggetti operanti nel settore agiscono in regime di concorrenza tra loro e, pertanto, non trova più giustificazione l'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica ai contratti da essi stipulati.

Per quanto riguarda il settore dei servizi postali, l'esigenza di assicurare concorrenza in questo settore e di sviluppare un mercato dei servizi postali comunitari ne ha determinato l'inclusione nella più flessibile disciplina dei settori speciali.

Per quanto concerne l'ambito soggettivo (art. 207), vengono sostanzialmente riconfermate le previsioni di cui al d.lgs. n. 158/95; la disciplina si applica infatti:

- a) alle amministrazioni aggiudicatrici (art. 3, comma 25);
- b) alle imprese pubbliche e cioè alle imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici esercitano un'influenza dominante in quanto detengono la maggioranza del capitale, ovvero controllano la maggioranza dei voti, ovvero nominano più della metà dei membri degli organi direttivi o di vigilanza (art. 3, comma 28);
- c) ai soggetti privati che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi in virtù di una legge, regolamento o concessione amministrativa.

### **2. Soglie (art. 215)**

Il valore degli appalti cui si applica la parte III del Codice è stabilito, indipendentemente dalla natura dell'ente aggiudicatore, in:

- a) 422.000 euro per le forniture ed i servizi;
- b) 5.278.000 euro per i lavori. Quest'ultima soglia coincide con quella prevista per i lavori dei settori tradizionali (parte II).

### **3. Procedure di gara**

In materia di procedure di scelta del contraente il Codice non contiene innovazioni specifiche rispetto alla previgente disciplina, salva l'introduzione del "dialogo competitivo".

L'accordo quadro era infatti già presente nella disciplina di cui al d.lgs. n. 158/95.

Si deve segnalare invece una diversa regolamentazione della procedura negoziata.

L'art. 220, infatti, pone sullo stesso piano le procedure aperte, le procedure ristrette e quelle negoziate. Quindi, la procedura negoziata, previa indizione di gara, non è circoscritta ad ipotesi specifiche (come per i settori ordinari, arg. ex art. 56), ma è esercitabile a discrezione dell'ente aggiudicatore.

In secondo luogo, la disciplina della procedura negoziata, senza previa indizione di gara, è meno rigida rispetto alla normativa relativa ai settori tradizionali, sebbene ammessa solo in ipotesi tassativamente determinate. In particolare, nei seguenti casi:

- oltre a quelli previsti dall'art. 57 (art. 221), anche nell'ipotesi di appalto destinato solo a scopi di ricerca, sperimentazione, studio o sviluppo;
- i lavori/servizi complementari sono ammessi anche quando superino il 50% dell'importo iniziale del contratto;
- la ripetizione di lavori simili affidati all'impresa titolare del primo appalto (aggiudicato a seguito di gara) è consentita anche oltre i tre anni successivi alla stipulazione del contratto originario;
- infine, non è prevista la prescrizione per la stazione appaltante, nelle ipotesi diverse da quelle di affidamento ad un operatore economico determinato, di selezionare, tramite consultazioni informali, tre imprese, invitandole a presentare le offerte che saranno oggetto di negoziazione.

Relativamente agli accordi quadro, già previsti dal d.lgs. n. 158/95, la disciplina è meno procedimentalizzata di quella prevista per i settori tradizionali. In buona sostanza, nei settori speciali l'applicabilità di tale istituto non è circoscritta, come nei settori ordinari (art. 59), ai lavori di manutenzione o a quelli connotati da serialità.

E' però confermato il principio secondo cui un appalto basato su un accordo quadro può essere affidato con procedura negoziata, non preceduta da gara, solo se l'accordo quadro sia stato aggiudicato con procedura di gara.

#### **4. Pubblicità e termini di ricezione delle domande e delle offerte**

Nei settori speciali, la pubblicità (art. 223) è attuata mediante tre strumenti:

- l'avviso periodico indicativo;
- l'avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione;
- il bando di gara.

**a)** Con l'avviso periodico indicativo l'ente aggiudicatore rende note le caratteristiche essenziali dei lavori di importo superiore alla soglia comunitaria che intende appaltare nei successivi 12 mesi.

E' pubblicato possibilmente entro il 31 dicembre di ogni anno e, comunque, dopo l'adozione della decisione che autorizza il programma dei lavori.

La pubblicazione avviene presso la Commissione o sul sito informatico dell'ente aggiudicatore (che in tal caso avvisa la Commissione), nonché sui siti informatici del Ministero delle Infrastrutture e dell'Osservatorio presso l'Autorità di Vigilanza.

La pubblicazione è, però, obbligatoria solo se gli enti aggiudicatori si avvalgono della facoltà di ridurre i termini di ricezione delle offerte.

L'avviso periodico può avere una doppia funzione:

- 1) di generica preinformazione;
- 2) sostitutiva del bando di gara (solo per le procedure ristrette o negoziate). Tale intenzione deve però essere espressa chiaramente con l'indicazione specifica dei lavori oggetto di gara e con l'invito agli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse per iscritto (art. 224).

**b)** L'avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione (v. infra) va pubblicato nell'ipotesi in cui l'ente aggiudicatore abbia istituito un sistema di qualificazione proprio.

Va inoltre trasmesso alla Commissione e pubblicato sulla G.U.R.I., sul profilo del committente e sui vari siti informatici di cui all'art. 66, comma 7.

**c)** Nel caso in cui la gara venga indetta mediante un bando o avviso di gara (ivi compresi l'avviso periodico indicativo e l'esistenza di un sistema di qualificazione), si seguono le stesse regole di

pubblicità previste per i settori ordinari dall'art. 66 del d.lgs. 163, con esclusione delle norme che riguardano la procedura urgente (art. 206, comma 1).

E', tuttavia, precisato che, in casi eccezionali e in risposta a una domanda dell'ente appaltante, il termine di pubblicazione dei bandi nella G.U.C.E. è ridotto a 5 gg. dall'invio alla Commissione, oltre che nel caso di trasmissione per via elettronica, anche nel caso di trasmissione via fax.

Per quanto concerne, invece, i termini di ricezione delle domande e delle offerte, si rinvia per il relativo esame alle disposizioni specificamente dettate in materia all'art. 227 del d.lgs. 163 che non pongono particolari dubbi interpretativi.

## **5. Qualificazione agli appalti**

Come noto, nei settori speciali gli enti aggiudicatori possono istituire un proprio sistema di qualificazione.

In tal modo, formano un elenco di soggetti qualificati da invitare direttamente, senza pubblicazione di un bando di gara, alle procedure ristrette o negoziate.

Al riguardo, il Codice introduce alcune condizioni per l'operatività del sistema sopra descritto.

a) Innanzitutto, il sistema di qualificazione deve conformarsi ai criteri di qualificazione che saranno fissati dal nuovo regolamento previsto dall'art. 5. Occorre, tuttavia, considerare che, ai sensi dell'art. 253, comma 3, fino all'entrata in vigore del nuovo regolamento, continua ad applicarsi, per gli aspetti relativi alla qualificazione, il d.P.R. n. 34/2000. Ciò potrebbe significare che, fino all'entrata in vigore del nuovo regolamento, sono i criteri individuati da tale decreto che dovranno improntare i sistemi di qualificazione adottati dai singoli enti, con la conseguente forte riduzione della discrezionalità riservata dalla precedente normativa alle singole amministrazioni o imprese pubbliche nell'attuazione del proprio sistema di qualificazione.

D'altra parte, però, l'espressione usata dal Legislatore induce a ritenere che, se da un lato, le SS.AA. non potranno sostanzialmente discostarsi dai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (cifra d'affari in lavori, lavori eseguiti, attrezzature, organico medio, ecc.), individuati dal d.P.R. 34 cit., dall'altro, saranno invece libere di determinarne l'entità e l'eventuale contenuto specifico.

Parimenti, si ritiene che possano essere stabiliti ulteriori requisiti di carattere tecnico, strettamente collegati alla specificità del settore nel quale opera il soggetto aggiudicatore.

b) E' confermato il principio che i sistemi di qualificazione devono essere "aperti", nel senso che ogni operatore interessato ha diritto, in qualsiasi momento, a presentare domanda di qualificazione corredata della necessaria documentazione. L'ente aggiudicatore ha l'obbligo di decidere sull'ammissione richiesta entro un congruo termine, dandone comunicazione al richiedente e motivando l'eventuale esclusione.

c) Qualora un'impresa voglia qualificarsi utilizzando i requisiti di capacità economica o tecnica di altre imprese (c.d. avvalimento), si applicano tutte le condizioni previste dagli artt. 49 e 50. In proposito, non può farsi a meno di rilevare che il Codice consente l'avvalimento c.d. di "garanzia" dei sistemi di qualificazione solo tra le imprese infragruppo, laddove invece la direttiva n. 2004/17 lo consente anche tra imprese prive di collegamento civilistico.

e) Il sistema di qualificazione deve essere reso noto con le forme opportune: è previsto, infatti, un avviso relativo alle sue modalità di funzionamento da pubblicare sulla G.U.R.I., sui vari siti informatici e da trasmettere alla Commissione europea.

Va infine sottolineato che, qualunque sia il sistema di qualificazione prescelto, le cause di esclusione sono sempre quelle tassativamente indicate nell'art. 38.

## **6. Appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria**

Il d.lgs. 163/06 disciplina anche l'affidamento dei contratti sotto soglia comunitaria da parte dei soggetti operanti nei settori speciali, distinguendo in base alla tipologia del soggetto appaltante (art. 238).

a) Per le amministrazioni aggiudicatrici, vengono estese le disposizioni della parte III del Codice, e dunque si applica la stessa disciplina prevista per gli appalti sopra soglia, con talune semplificazioni in tema di termini (ridotti della metà quelli previsti all'art. 227) e pubblicità (è esclusa la pubblicità

in ambito sopranazionale e si richiama la disciplina dei contratti sotto soglia nei settori ordinari, arg. ex art. 122, comma 5, per i lavori e art. 124, comma 5, per le forniture e i servizi).

Per quanto riguarda, in particolare, la disciplina delle offerte anomale, anche per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, le amministrazioni che operano nei settori speciali dovranno procedere alla valutazione dell'offerta in contraddittorio con l'impresa interessata. Ciò dal momento che non è prevista la facoltà di avvalersi dell'esclusione automatica delle offerte che si pongono al di sopra della soglia di anomalia. Infatti, l'art. 122, comma 9, non è richiamato dalle disposizioni del titolo III, mentre fra le norme della parte II applicabili ai settori speciali sono espressamente richiamati gli artt. 86, 87 e 88 relativi alla verifica della congruità delle offerte.

Le imprese pubbliche ed i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi applicano la disciplina stabilita nei propri regolamenti che deve essere comunque conforme ai principi del Trattato.

Alle forniture, servizi e lavori da eseguirsi in economia si applicano le disposizioni contenute all'art. 125.

## **7. Esclusioni**

Sempre avuto riferimento esclusivo ai c.d. "settori speciali", la disciplina del Codice non si applica ai contratti di concessione di lavori e servizi e agli appalti aggiudicati ad imprese collegate.

**a)** Più specificamente, il Codice esclude dall'applicazione delle procedure in esso previste le concessioni di lavori e di servizi che il soggetto aggiudicatore intende attribuire a terzi (art. 216).

Ciò non significa, però, che esse possano essere affidate direttamente, perché, come chiarito dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Commissione nella comunicazione interpretativa del 12 aprile 2000, devono essere sempre osservati i principi del Trattato (trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità).

Detti principi implicano che i soggetti concedenti, pur godendo di ampia libertà nella scelta delle procedure da seguire, devono comunque rendere pubblica la propria intenzione di ricorrere ad una concessione; devono garantire che la scelta del candidato avvenga in base a criteri obiettivi e regole inizialmente stabiliti; devono evitare di richiedere requisiti sproporzionati rispetto all'oggetto della concessione.

Per quanto riguarda, in particolare, le concessioni di servizi, l'art. 216 del Codice richiama l'applicazione dell'art. 30, relativo alle concessioni di servizi nei settori tradizionali, il quale, facendo riferimento ai principi desumibili dal Trattato, impone, però, una procedura specifica (gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione). In sostanza, la disciplina della concessione di servizi nei settori speciali e quella nei settori classici sono parificate.

**b)** L'altro caso di esclusione dalle previsioni del Codice riguarda gli appalti che gli enti aggiudicatori affidano per scopi diversi da quelli istituzionali (art. 217).

In tale evenienza, infatti, come già in precedenza evidenziato, venendo meno la specialità della prestazione da "ex settore escluso", l'ente aggiudicatore sarà verosimilmente assoggettato alla disciplina generale di cui alla parte II, in ragione del diverso ambito soggettivo-oggettivo di appartenenza.

**c)** L'ultimo caso di esclusione è poi rappresentato dagli appalti stipulati con imprese collegate (art. 218).

Si tratta di una deroga alle procedure di evidenza pubblica che la direttiva 93/38 ed il d.lgs. n. 158/95 già prevedevano esclusivamente per gli appalti di servizi e che trovava la sua *ratio* nel fatto che spesso, nell'ambito di un gruppo industriale, vi sono imprese la cui attività principale consiste nel prestare servizi alle società appartenenti al medesimo gruppo, e che pertanto operano come organizzazioni interne al gruppo stesso, considerato come soggetto industriale unitario.

Ora, con la direttiva 2004/17/CE, recepita dal Codice, la deroga si estende anche ai lavori ed alle forniture.

Le condizioni che legittimano l'affidamento diretto, e che devono coesistere contestualmente, sono le seguenti:

1) esistenza di un rapporto di collegamento tra il soggetto aggiudicatore e chi realizza i lavori, la fornitura o il servizio.

Nel caso di soggetti aggiudicatori tenuti a redigere il bilancio consolidato ai sensi del d.lgs. n. 127/1991 (società di capitali o enti pubblici che esercitano un'attività commerciale) il rapporto di collegamento sussiste con qualsiasi impresa i cui conti annuali siano consolidati con quelli del soggetto aggiudicatore stesso. In pratica, il rapporto di collegamento coincide con quello di controllo, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, numeri 1) e 2), del Codice civile (società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti, ovvero dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante).

Nel caso, invece, di enti non soggetti al d.lgs. sopra indicato, si considera impresa collegata qualsiasi impresa sulla quale il soggetto aggiudicatore possa esercitare un'influenza dominante o perché ne detiene la maggioranza del capitale, o perché ne controlla la maggioranza dei voti, o perché nomina la maggioranza dei componenti gli organi di direzione o di vigilanza dell'impresa;

2) realizzazione di almeno l'80% del fatturato medio da parte dell'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo dei lavori (forniture o servizi) con attività svolta nei confronti del soggetto aggiudicatore o delle altre società del gruppo.

Nel caso di impresa collegata di nuova costituzione, per la quale non sia disponibile il fatturato degli ultimi tre anni, basta che l'impresa dimostri, in base a proiezioni dell'attività, che probabilmente realizzerà almeno l'80% del proprio fatturato a favore dell'ente aggiudicatore o delle imprese del gruppo. Tale disposizione consente, perciò, non solo di svolgere all'interno del gruppo determinate attività mediante società esistenti, ma anche di costituire *ex novo* società da destinare all'espletamento di funzioni al servizio del gruppo stesso.

### **31) Le concessioni di lavori pubblici e le concessioni di servizi**

La concessione di lavori pubblici (comprendente attività di progettazione, costruzione e gestione) è quel contratto nel quale il corrispettivo per l'esecuzione dei lavori consiste nel diritto di gestire l'opera ricavandone i proventi ovvero in tale diritto, accompagnato da un prezzo.

La disciplina della concessione contenuta nel d.lgs. 163/06 risulta sostanzialmente invariata e concerne due forme di realizzazione:

a. la concessione affidata mediante gara, disciplinata dagli articoli 142-151;

b. la concessione mediante promotore (c.d. "project financing"), disciplinata dagli articoli 152-160.

Nel rinviare al testo normativo per la disamina delle procedure afferenti le suddette forme di concessione, si ritiene opportuno in questa sede approfondire il più generale problema delle modalità di scelta del concessionario e delle modalità di scelta da parte del concessionario degli esecutori dei lavori, alla luce della nuova normativa.

Per quanto riguarda in particolare la scelta del concessionario, il Codice (in particolare, articoli 142, 148, 149) distingue tra concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici e concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici.

I primi si identificano con gli operatori economici che, a seguito di un regolare procedimento di gara, divengono titolari di una concessione di lavori pubblici. In tal caso, non v'è nessun dubbio che il concessionario che non è amministrazione aggiudicatrice debba obbligatoriamente essere prescelto dall'ente concedente attraverso una procedura concorsuale (artt. 144-147), ovvero attraverso la specifica procedura del "project financing" (artt.152-160).

I secondi, e cioè i concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, sono definiti all'art. 3, commi 25 e 26, che ricomprende sia amministrazioni pubbliche, sia organismi di diritto pubblico, e cioè società di diritto privato che perseguono interessi generali e sono sottoposte, in senso lato, a controlli pubblici.

Ora, per quanto concerne le amministrazioni pubbliche in senso stretto, che assumono veste di concessionari, non paiono assumere alcun rilievo le disposizioni del Codice, considerato che esse riguardano i rapporti tra soggetto pubblico e soggetti imprenditoriali. Nel caso, invece, di rapporti tra amministrazione concedente ed amministrazione concessionaria rilevano i principi generali del diritto amministrativo, in tema di delegazione intersoggettiva di pubbliche funzioni.

Dunque, laddove il Codice parla di concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, fa necessariamente riferimento agli organismi di diritto pubblico, e cioè a soggetti aventi forma societaria privatistica o a soggetti a questi assimilabili.

Con riferimento a tali ultimi soggetti, si pone il problema di verificare come debba avvenire la scelta, da parte dell'ente concedente, dei concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, secondo la definizione dell'art. 3, commi 25 e 26 del Codice (si pensi alle concessioni autostradali, alle concessioni aeroportuali etc.). In tal caso, la questione trova chiara e razionale soluzione nella disposizione dell'art. 142, comma 3 del Codice che, trattando della disciplina generale della concessione dei lavori pubblici (sezione I, disposizioni generali), stabilisce inequivocabilmente che alle concessioni “... *si applicano ... le disposizioni del presente Codice*”. Non v'è dubbio quindi che, d'ora in avanti, i concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici debbano essere scelti con le forme di gara disciplinate dal Codice.

Per quanto concerne invece le concessioni di servizi, nelle quali cioè il concessionario espleta esclusivamente il servizio, facendo propri i proventi della gestione, eventualmente accompagnati da un prezzo da parte del concedente, il d.lgs. 163/06, muovendo dalla definizione di concessione di servizi, di cui all'art. 3, comma 12, incentra la relativa disciplina nell'art. 30, che inequivocabilmente afferma che “*la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi relativi ai contratti pubblici ed in particolare dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, ... previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti ...*”. In definitiva, dunque, nel caso si tratti di concessione di lavori pubblici, il concessionario deve essere scelto secondo le specifiche norme concorsuali del Codice; nel caso, invece, di concessione di servizi, il concessionario deve essere scelto con gara, seppure nella forma semplificata di cui all'art. 30, comma 3.

Relativamente poi alle modalità attraverso cui il concessionario, sia esso o meno amministrazione aggiudicatrice, è tenuto ad appaltare i lavori da affidare a terzi, occorre innanzitutto evidenziare la disposizione di carattere generale, di cui all'art. 146, che consente all'ente concedente di scegliere tra una delle seguenti opzioni:

1. imporre al concessionario, con previsione negli atti di gara, l'affidamento a terzi di una percentuale non inferiore al 30% dell'importo globale dei lavori;
2. invitare i partecipanti alla gara a precisare nelle loro offerte la percentuale di lavori che appalteranno a terzi.

In entrambe le ipotesi, dunque, vi è la possibilità che il concessionario affidi a terzi la totalità dei lavori da eseguire. Inoltre, mentre nel primo caso vi è l'obbligo di appaltare a terzi la percentuale imposta dall'amministrazione, nel secondo caso la dichiarazione circa la percentuale da appaltare a terzi è soltanto eventuale, in quanto il candidato potrebbe non dichiararla ed eseguire l'intero lavoro direttamente.

Quanto alle modalità di affidamento degli appalti a terzi, il Codice opera una netta distinzione tra concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici e i concessionari che non lo sono.

I primi, ai sensi degli artt. 142, comma 3, e 148, sono tenuti a rispettare rigorosamente tutte le norme ad evidenza pubblica contenute nel Codice, sia sopra che sotto soglia.

I secondi hanno facoltà di operare con due diverse modalità:

- 1) appaltare a terzi i lavori di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, applicando le norme in materia di pubblicità di cui all'art. 66 (art. 149, comma 1) (**v. nota**).
2. eseguire i lavori tramite le imprese collegate, intendendosi per imprese collegate quelle su cui il concessionario esercita un'influenza dominante (ai sensi dell'art. 149, comma 5) o quella che esercita un'influenza dominante sul concessionario ovvero quelle che, insieme al concessionario, sono soggette all'influenza dominante di una medesima impresa.

Per quanto concerne sia l'affidamento della concessione sotto soglia, sia gli affidamenti degli appalti sotto soglia a terzi, si ritiene rilevi, in entrambi i casi, l'art. 121, comma 1, del Codice che inequivocabilmente afferma l'applicabilità agli appalti sotto soglia dell'intera parte II e perciò anche delle disposizioni sulle concessioni. Ne consegue che, anche in tal caso, dovrà essere osservata la disciplina sin qui descritta, sia per la scelta del concessionario, sia per gli appalti che questo intende affidare a terzi.

NOTA

Si osserva al riguardo che il successivo art. 150 stabilisce che, in tal caso, il bando deve contenere l'indicazione di tutti gli elementi previsti dal Codice, e perciò tutte le informazioni necessarie ad una puntuale e completa conoscenza del contenuto dell'appalto;

### **32) La progettazione**

Il d.lgs. 163/06 riproduce buona parte delle norme previste dalla legge quadro sui lavori pubblici in materia di affidamento di incarichi di progettazione, livelli di progettazione e di "progettazione interna".

In questa sede, si focalizza in particolare l'attenzione sugli articoli 90, 91 e 92 del d.lgs. 163/06.

La prima di dette disposizioni definisce innanzitutto i soggetti abilitati alla progettazione.

Per quel che riguarda i progettisti pubblici, la disposizione richiama gli uffici tecnici delle stazioni appaltanti, gli uffici consortili per la progettazione e la direzione dei lavori e gli organismi di altre pubbliche amministrazioni, di cui le amministrazioni aggiudicatrici possono avvalersi per legge.

Il comma 4 obbliga i dipendenti dell'amministrazione abilitati all'esercizio della professione alla firma dei progetti redatti all'interno delle strutture tecniche delle amministrazioni.

Il funzionario che firma il progetto dovrà avere superato l'esame di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, ma non è necessario che sia iscritto all'albo professionale. La stessa disposizione prevede poi che i progettisti pubblici che abbiano un rapporto a tempo parziale non possono svolgere incarichi professionali nell'ambito territoriale dell'ufficio di appartenenza.

Dopo avere indicato i soggetti pubblici che possono provvedere allo svolgimento delle attività tecnico-progettuali previste dalla legge, il Codice elenca gli altri soggetti che possono risultare affidatari di incarichi.

Si tratta dei liberi professionisti, singoli o associati nelle forme previste dalla l. n. 1815/1939 (che possano essere anche "restauratori" laddove l'intervento abbia come oggetto un intervento di restauro), delle società di professionisti, delle società di ingegneria, dei raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti cui si applicano, "in quanto compatibili", le norme di cui all'art. 37 del Codice, nonché dei consorzi stabili di società di ingegneria e di società di professionisti.

Va notato che per le società di ingegneria si deve comunque ritenere ancora del tutto vigente l'obbligo della nomina del direttore tecnico, dal momento che il d.P.R. 554/99, all'art. 63, prevede tale incombenza.

Le condizioni che legittimano il ricorso a terzi da parte delle stazioni appaltanti sono espressamente elencate dal comma 6° e riguardano i casi di accertata (dal responsabile del procedimento) carenza di organico specializzato nella pubblica amministrazione, nonché di difficoltà di rispettare i tempi della programmazione o di svolgere le funzioni di istituto, o ancora in caso di complessità delle opere, di loro particolare rilevanza architettonica o ambientale o per progetti "integrali". E' sufficiente la presenza anche di una sola di queste condizioni per legittimare il ricorso a tecnici esterni.

Il progettista ha l'obbligo di indicare il nominativo del progettista e del tecnico incaricato dell'integrazione fra le diverse prestazioni specialistiche già in fase di offerta.

Importante è anche il divieto (comma 8 dell'art. 90) per il progettista incaricato di partecipare alla gara per l'aggiudicazione dei lavori dell'opera progettata, divieto valevole anche per le imprese controllate o collegate.

L'affidatario, sia esso società di professionisti o società di ingegneria, dovrà scegliere, quindi, se candidarsi alla redazione del progetto, ovvero alla esecuzione dei lavori. Va rilevato come tale divieto sia stato esteso anche ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico, ai suoi collaboratori e agli affidatari degli incarichi di supporto al responsabile del procedimento.

L'art. 91 prescrive, invece, le regole procedurali di carattere generale per gli affidamenti di incarichi di progettazione.

La norma introduce innanzitutto una novità, tendenzialmente positiva, e cioè il fatto che per gli affidamenti sotto i 100.000 euro la stazione appaltante deve individuare il progettista, sempre secondo i principi comunitari di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, seguendo la procedura prevista da un'altra norma del Codice, l'art. 57, comma 6.

Detta norma prevede - in particolare - che la stazione appaltante debba invitare almeno cinque soggetti, “se sussistono in tale numero aspiranti idonei”.

Talune perplessità devono segnalarsi con riferimento al citato art. 57, comma 6, il quale precisa che l’amministrazione individua “gli operatori da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa desunte dal mercato”.

Escluso che la norma imponga la pubblicazione di un bando di gara, appare poco chiaro, in assenza di un sistema di qualificazione dei progettisti, da quali fonti le stazioni appaltanti possano dedurre queste informazioni.

La norma stabilisce poi che l’individuazione deve avvenire anche secondo il principio di “rotazione”: il richiamo a tale principio farebbe pensare all’esistenza di una sorta di albo di fiducia della stazione appaltante all’interno del quale effettuare la rotazione richiesta dalla norma.

Una volta individuati possibili aspiranti alla commessa, la stazione appaltante ne dovrebbe selezionare almeno cinque. Anche qui appare poco chiaro come si debba effettuare questa selezione, seguendo quali criteri e quali garanzie potranno avere i soggetti non selezionati anche dal punto della tutela dei loro interessi legittimi azionabili in sede giurisdizionale. La norma precisa inoltre che l’affidamento avverrà al “prezzo più basso” (utilizzabile ora come criterio nella progettazione visto che non vigono più i minimi tariffari, arg. ex L.248/06 – Decreto “Bersani”) o al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa previa verifica dei requisiti di qualificazione previsti per i contratti di pari importo (non previsti nel Codice per gli incarichi sotto soglia).

Rilevanti appaiono poi le previsioni dell’art. 91, comma 1 che richiamano le norme sui contratti “sotto soglia” del Codice, al fine di chiarire che da 100.000 a 211.000 euro non si deve procedere a pubblicazione sopranazionale, essendo sufficiente la pubblicità nazionale.

In ogni caso, il Codice nelle norme transitorie, afferma che fino all’emanazione del regolamento attuativo si continua ad applicare “in quanto compatibile” il d.P.R. 554/99, che ha una articolata disciplina sugli incarichi di progettazione.

Appare quindi possibile che, per la fascia di incarichi da 100.000 a 211.000 euro la compatibilità con il d.P.R. 554/99 possa portare a ritenere ancora applicabile la licitazione privata prevista dagli artt. 63 e seguenti. Tale procedura appare infatti del tutto compatibile con le norme del Codice in materia di contratti di rilevanza comunitaria, stante il fatto che le stazioni appaltanti applicherebbero una procedura ad evidenza pubblica che garantisce i principi di trasparenza, concorrenza e pubblicità in misura uguale o simile a quelle previste dalle norme di derivazione comunitaria.

Sempre nell’art. 91 vengono riprodotte le norme dell’art. 17 della legge quadro sui lavori pubblici concernenti il divieto di subappalto (comma 3) e la regola generale per cui la progettazione definitiva ed esecutiva devono essere affidate normalmente in modo unitario (comma 4).

In sostanza, la progettazione definitiva e esecutiva devono “di norma” essere affidate allo stesso progettista, tranne che sussistano ragioni contrarie motivate dal responsabile del procedimento. La norma riproduce anche l’obbligo di valutare in via prioritaria: a) l’esperibilità del concorso di progettazione per determinate tipologie di opere (rilevanti dal punto di vista architettonico-ambientale, storico-artistico e tecnologico, arg. ex comma 5); b) la possibilità di affidare unitariamente la progettazione e la direzione lavori, quando di importo superiori, complessivamente, alla soglia comunitaria soltanto se è stata prevista tale possibilità nel bando di gara di progettazione (comma 6); c) l’affidamento interno per le società di ingegneria che fanno parte di un gruppo, a condizione che fatturino almeno l’80% alla casa-madre (comma 7); d) il divieto di affidare incarichi con procedure diverse da quelle previste dal Codice (comma 8).

L’articolo 92 riproduce in buona sostanza le norme contenute negli artt. 17 e 18 della legge n. 109 del 1994, relative agli incentivi per la progettazione interna (commi 5 e 6) e le norme in materia di corrispettivi professionali, che vanno lette anche in coordinamento con l’art. 253, comma 17 che, in attesa dell’emanazione del nuovo regolamento sulla tariffa professionale, fa salva l’applicazione del d.m. 4 aprile 2001 che ha integrato e adeguato il livello della tariffa di cui alla legge 143/99.

### **33) Il contenzioso: accordo bonario e transazione**

Il d.lgs. 163 conferma la disciplina dell'accordo bonario, di cui all'art. 31-bis della legge 109/94. Infatti, ai sensi dell'art. 240, qualora l'importo delle riserve formulate dall'appaltatore sui documenti contabili ecceda il 10% dell'importo dell'appalto, il responsabile del procedimento, su impulso del direttore dei lavori, avvia appunto la procedura finalizzata all'eventuale conclusione dell'accordo bonario. Peraltro, il responsabile del procedimento deve preliminarmente valutare l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve, ai fini del raggiungimento del predetto limite del 10%. Ciò sta a significare che, qualora ritenga le riserve anche in parte inammissibili ovvero anche in parte manifestamente infondate (sicché a seguito di tale giudizio non viene raggiunto il valore del 10%), non deve dare luogo all'avvio del procedimento, comunicando tale sua motivata decisione all'appaltatore.

La disposizione, evidentemente, tende a scoraggiare la formulazione di riserve strumentali, e cioè avanzate esclusivamente allo scopo di raggiungere l'importo del 10% del valore del contratto, in modo da attivare il procedimento di risoluzione tramite accordo bonario. Il giudizio di inammissibilità riguarda la mancata tempestiva formulazione, e perciò la decadenza dalla pretesa; quello di non manifesta infondatezza concerne, invece, il merito della pretesa stessa e va inteso nel senso che, qualora al responsabile del procedimento, a seguito di una prima sommaria istruttoria, permangano dubbi, tali cioè da non consentirgli di ritenere con certezza infondate le pretese, deve avviare il procedimento.

Orbene, posto che il procedimento finalizzato all'accordo bonario è particolarmente oneroso e complesso, in un'ottica semplificatrice, il Codice ha introdotto una disposizione, e cioè l'art. 239, che consente alle amministrazioni di definire transattivamente le questioni oggetto di riserve, anche al di fuori dei casi in cui è previsto il procedimento di accordo bonario.

La soluzione transattiva delle controversie è possibile relativamente a pretese che non raggiungano il 10% dell'importo dell'appalto. Invece, allorché la pretesa raggiunga tale limite ed il responsabile del procedimento non esprima, come precisato, una valutazione pregiudiziale di inammissibilità o manifesta infondatezza, ha senz'altro luogo il procedimento di accordo bonario, in quanto, considerata la rilevanza del *petitum*, lo stesso è articolato in passaggi procedurali e forme decisionali mirate ad assicurare maggiori garanzie, in ordine alla correttezza delle valutazioni, e perciò della definizione della vertenza.

La transazione può avere luogo o su iniziativa dell'impresa, che formula una proposta al riguardo, ovvero su iniziativa dell'amministrazione.

Nel primo caso, la proposta dell'impresa viene esaminata dal competente dirigente dell'amministrazione, il quale, dopo avere acquisito il parere obbligatorio del responsabile del procedimento, sottopone la questione con la propria proposta all'organo deliberante dell'ente appaltante per la decisione definitiva.

Nel secondo caso, il dirigente dell'amministrazione può egli stesso assumere l'iniziativa e, previa audizione dell'impresa, formulare alla stessa una proposta transattiva; naturalmente, in tal caso, la proposta non ha carattere di definitività, in quanto l'accordo transattivo, ove raggiunto, è comunque soggetto ad approvazione da parte dell'organo deliberante dell'ente, salva l'ipotesi che quest'ultimo non abbia espressamente delegato il dirigente a concludere in modo definitivo la transazione, dandogli le direttive del caso.

In ogni caso, e cioè sia quando l'iniziativa venga assunta dall'impresa, sia quando venga assunta dall'amministrazione, allorché l'importo della transazione ecceda l'importo di 100.000 euro, è sempre necessario il preventivo parere dell'avvocatura dell'ente appaltante (avvocatura dello Stato o della Regione per gli enti che si avvalgono di queste e, negli altri casi, del servizio di avvocatura interna, ove sussista) ovvero, per gli enti che non abbiano alcuna forma istituzionale di avvocatura, del funzionario più alto in grado, competente e responsabile, nell'ambito della struttura organizzativa, della materia del contenzioso.

È da ritenere che il parere anzidetto abbia natura giuridica di parere obbligatorio, ma non vincolante, pur non potendosi disconoscere, sul piano pratico, la sua rilevanza, connessa alla specifica competenza in materia del soggetto che lo emette.

Sul piano sostanziale, va ricordato che la transazione è il contratto con il quale le parti prevengono una lite o pongono fine ad una lite insorta, facendosi reciproche concessioni (art. 1965 cod. civ.). Correlando quest'ultima nozione alla materia *de qua*, sembra potersi affermare che, a fronte della

pretesa formulata dall'impresa con la riserva, l'amministrazione debba formarsi, attraverso i passaggi procedurali prima detti, un suo convincimento circa l'entità del *petitum* spettante e, successivamente, in rapporto al margine di dubbio che permanga in ordine alla maggior somma richiesta, tentare la chiusura transattiva ad un importo intermedio, che tenga conto dei possibili rischi connessi ad un contenzioso giurisdizionale e di eventuali altri elementi sensibili per il perseguimento degli interessi della collettività.

Va ricordato che le reciproche concessioni possono riguardare anche rapporti diversi da quello specifico, che ha formato oggetto della pretesa. In base a tale principio, l'amministrazione in luogo del *petitum* o di parte di esso, potrebbe, ad esempio, concedere un maggior termine di ultimazione, disapplicare la penale, rinunciare a far valere modeste imperfezioni all'opera non incidenti sulla sua funzionalità etc.. Non si può, infine, disconoscere che nella materia in questione, essendo una delle due parti un soggetto pubblico, la soluzione transattiva delle vertenze assume connotati di particolare delicatezza, visto che l'amministrazione non può *ad libitum* fare concessioni patrimoniali, né rinunciare a suoi diritti. È, perciò, da ritenere che la transazione debba avere alla propria base un'articolata istruttoria, sia sull'*an*, sia sul *quantum* e che le concessioni o rinunce dell'amministrazione debbano essere fondate su un ragionevole margine di dubbio, che la inducano a ritenere che un eventuale contenzioso giurisdizionale potrebbe avere esiti maggiormente pregiudizievoli della transazione stessa.

Prof. Avv. Andrea Musenga