

Corso residenziale

“IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI, FORNITURE”.

OSIMO, 25-26 maggio 2006

“Le ipotesi di trattativa privata introdotte dal Codice ed il rinnovo dei contratti”

Prof. Giuseppe Bellitti

Università degli Studi di Urbino

1. Disciplina generale

La trattativa privata costituisce un sistema di scelta del contraente invero eccezionale, al quale si può ricorrere soltanto in speciali circostanze tassativamente elencate da specifiche disposizioni.

Significativa è l'elencazione che di tali circostanze viene data dall'art. 41 del R.D. 23 maggio 1924, n° 827 (Regolamento sulla contabilità generale dello Stato): “Si procede alla stipulazione dei contratti a trattativa privata:

- 1) quando gli incanti e le licitazioni siano andate deserte o si abbiano fondate prove per ritenere che ove si sperimentassero andrebbero deserte;
- 2) per l'acquisto di cose la cui produzione è garantita da privativa industriale, o per la cui natura non è possibile promuovere il concorso di pubbliche offerte;
- 3) quando trattasi di acquisto di macchine, strumenti od oggetti di precisione che una sola ditta può fornire con i requisiti tecnici ed il grado di perfezione richiesti;
- 4) quando si debbano prendere in affitto locali destinati a servizi governativi;
- 5) quando l'urgenza dei lavori, acquisti, trasporti e forniture sia tale da non consentire l'indugio degli incanti o della licitazione;
- 6) e in genere in ogni altro caso in cui ricorrono speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le forme degli articoli da 37 a 40 del presente regolamento.

Nei casi previsti dal presente articolo la ragione per la quale si ricorre alla trattativa privata deve essere indicata nel decreto di approvazione del contratto e dimostrata al Consiglio di Stato quando occorra il suo preventivo assenso.”

Come è evidente, si tratta di ipotesi del tutto logiche, alle quali si è ampiamente e necessariamente richiamato sia il Legislatore della pregressa

legge 2 giugno 1994, n° 109 (c.d. Legge Merloni), sia il Legislatore del nuovo Codice dei contratti (D.lg. n° 163/06).

Concettualmente ed in sintesi, è possibile ricorrere alla trattativa privata: *a) nel caso di precedente gara deserta*, al quale si parificano i casi di gare in cui nessuna delle offerte presentate sia risultata appropriata¹; *b) per l'esecuzione di lavori specialistici*, la cui effettuazione si imbatte in diritti di esclusiva o di brevetto ("privativa industriale"), ovvero, per ragioni di natura tecnica o artistica, possano essere eseguiti solo da un determinato imprenditore; *c) nei casi di forza maggiore*, caratterizzati da eccezionale urgenza, che non consentono il ricorso a procedure i cui tempi non sono compatibili con l'urgenza stessa; *d) l'esecuzione di lavori o acquisti complementari*, per i quali il ricorso alla trattativa privata è consentito solo a condizione che i lavori o gli acquisti cui afferiscono siano stati affidati con procedure concorsuali.

Va peraltro chiarito che, secondo l'insegnamento del Consiglio di Stato, "(...)Nel caso che venga a risultare che una prestazione non possa essere eseguita al prezzo stabilito nella gara d'appalto, l'Amministrazione pubblica non può procedere alla trattativa privata per un prezzo maggiore ma deve indire una nuova gara, per il prezzo maggiorato, in modo da consentire a tutte le imprese del settore di fare le proprie offerte sulla base del maggior prezzo"².

Ai predetti casi, oltre ad altre fattispecie che si esamineranno più innanzi e che ne costituiscono ulteriori articolazioni, sono da aggiungersi tutte quelle ipotesi in cui il costo della gara risulterebbe maggiore dell'importo del contratto da affidare. A ben vedere, quest'ultimo caso può essere fatto rientrare nella previsione di chiusura (n° 6) di cui al citato art. 41 del Reg. sulla contabilità di Stato, che si richiama a "speciali circostanze". Si rientra, in sostanza, nei c.d. lavori "in economia", che possono essere eseguiti, oltre che in amministrazione diretta³, per cottimo fiduciario, ricorrente quando il funzionario responsabile contratta direttamente con soggetti esterni di sua fiducia, i quali assumono il lavoro con una speciale convenzione, con l'obbligo di provvedere con propri mezzi dietro un corrispettivo prestabilito. Il cottimo fiduciario è ammesso quando esistano elementi oggettivi circa l'attività da svolgere per cui possa desumersi che il normale sistema contrattuale sarebbe antieconomico⁴.

¹ E' importante riportare l'ormai antica giurisprudenza del Consiglio di Stato, che richiede, quale condizione per ricorrere validamente alla trattativa privata, l'effettiva deserzione di una pubblica gara, e non soltanto la previsione che, ove la si esperisse, andrebbe deserta. Si tratta di una chiara, seppur giustificabile, compressione della norma di cui al citato art. 41, n° 1, Reg. Cont. Stato. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, n° 2 dell'11 gennaio 1961, in *Cons. Stato*, 1961, I, pag. 99.

² Cons. Stato, parere del 24 aprile 1978, n° 480, in *Cons. Stato*, 1978, III, pag. 2338.

³ Quando è lo stesso Ente che procede all'esecuzione dei lavori con proprio personale, o con personale appositamente assunto.

⁴ Cons. Stato, Ad. Generale 11 marzo 1993, n° 23, in *Cons. Stato*, 1994, pag. 502.

In linea teorica, la trattativa privata trova il suo maggior elemento di differenziazione rispetto alle altre forme di scelta del contraente (asta pubblica, licitazione privata, appalto concorso) in ragione di una libertà procedurale assolutamente ampia, che attribuisce all'Amministrazione procedente l'utilizzo della massima discrezionalità non solo nell'identificazione dell'aggiudicatario, ma anche nella determinazione delle singole clausole contrattuali, alla quale si può giungere previa intesa con l'altro contraente. E tuttavia, si tratta di una discrezionalità che ha subito una rilevante compressione fin dalla citata legge "Merloni" (l. n° 109/'94), che, al suo art. 24, condiziona il ricorso a questo sistema di scelta del contraente alla presenza una serie di presupposti, massimamente in relazione all'importo degli appalti da assegnare.

Posto che si tratta di una norma ancora oggi in vigore (e fino al 1° luglio 2006), si ritiene opportuno farne breve cenno.

Per cominciare, va detto che la legge in questione ha ricevuto una importante innovazione con la legge 1° agosto 2002, n° 166, con la quale è stata inserita una lettera 0α) che stabilisce la possibilità generalizzata di utilizzazione della trattativa privata per gli appalti di importo complessivo non superiore ai 100.000 euro.

I punti b) e c) della stesura originale non sono stati ritoccati, per cui il ricorso alla trattativa privata è consentito:

ai sensi della lett. b), per lavori di importo complessivo superiore a 300.000 euro, solo in casi particolari conseguenti a calamità naturali o a eventi imprevedibili che impongono un intervento immediato, teso al ripristino di opere già esistenti, sempreché l'urgenza non consenta il ricorso ad altri sistemi di affidamento;

ai sensi della lett. c), per i lavori di importo inferiore ai 300.000 euro (IVA esclusa), che riguardino lavori di restauro e manutenzione di beni mobili e superfici architettoniche decorate, di cui alla legge n° 1089 del 1939⁵.

L'articolo 24 prevede inoltre che: 1) nessun lavoro può essere diviso in più affidamenti per eludere l'applicazione della normativa riguardante gli importi; 2) i lavori in economia sono ammessi fino all'importo massimo di 200.000 euro; 3) se un lotto funzionale è stato affidato con trattativa privata, nessun altro lotto della stessa gara può essere affidato con tale sistema.

Altro richiamo va fatto al D.lg. 22 gennaio 2004 n° 30, intervenuto in materia di appalti di lavori pubblici attinenti a beni mobili e/o interventi sugli elementi architettonici e superfici decorate dei beni del patrimonio culturale sottoposti alle disposizioni di tutela di cui al D.lg. 22 gennaio 2004, n° 42. In questa sede basterà un generale rimando alle disposizioni di cui all'art. 7 del predetto Decreto.

⁵ In particolare, per questa categoria di lavori il legislatore, al comma 5-bis, ha previsto che, ove l'importo sia superiore ai 40.000 euro va fatto ricorso alla gara informale alla quale invitare almeno 15 concorrenti, riducibili a 5 nel caso in cui il ricorso alla gara ufficiosa non sia imposto dalla legge. Se l'importo dei lavori è inferiore al limite dei 40.000 euro, si può fare ricorso al cottimo fiduciario, con adeguata motivazione e previo accertamento dei requisiti necessari in capo agli affidatari.

Finalmente, un breve cenno alla legge 14 maggio 2005, n° 80, di conversione del D.l. n° 35/2005 che consente – limitatamente alle grandi opere – il ricorso alla procedura negoziata anche nelle ipotesi di risoluzione del contratto o di fallimento, qualora i concorrenti interpellati (almeno 5) si siano dichiarati indisponibili alla esecuzione. Nel qual caso si dovrà procedere all’espletamento di una gara informale alla quale invitare almeno 10 concorrenti.

Non sussiste l’obbligo di ricorrere alla gara informale, ed è dunque possibile procedere a trattativa privata, se i lavori già eseguiti hanno superato la percentuale del 70% dell’importo dell’appalto e quelli residuali risultino inferiori ai 3.000.000 di euro.

2. La trattativa privata nella nuova disciplina

Il nuovo codice dei contratti disciplina in più disposizioni le ipotesi di trattativa privata (denominate “procedure negoziate⁶”). Di seguito si tratteranno, in particolare, gli articoli 56 e 57, rispettivamente dedicati alle procedure negoziate previa pubblicazione di bando di gara, ovvero senza pubblicazione di bando, nonché i successivi articoli 220 e 221 del D.lg. 12 aprile 2006 n° 163, disciplinanti le procedure negoziate nei settori speciali.

2.1. La trattativa privata previa indizione di gara.

In determinate ipotesi è possibile, per le stazioni appaltanti, aggiudicare i contratti pubblici mediante procedura negoziata che sia però preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara. Per maggior chiarezza, sarebbe forse meglio definire tale bando come “bando di ammissione alla procedura negoziata”, posto che una gara vera e propria non viene esperita. Si tratta, a ben vedere, di gara ufficiosa, o informale.

Le ipotesi in questione, trattate nell’art. 56 del D.lg. in esame, sono quattro.

⁶ L’art. 3 del D.lg. n° 163/06 è specificamente dedicato alle definizioni. Se ne forniscono alcune, per quel che interessa questa trattazione.

Per “stazione appaltante” si intendono le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti di cui al successivo art. 32 (concessionari di lavori pubblici, Società con capitale a partecipazione pubblica, soggetti appaltatori a vario titolo); per “procedure negoziate” si intendono le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell’appalto (n.b.: il cottimo fiduciario costituisce procedura negoziata); la “Commissione” è la commissione della Comunità europea; le “procedure aperte” sono quelle in cui ogni operatore economico interessato può presentare un’offerta; le “procedure ristrette” sono quelle alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare ed in cui possono presentare un’offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti; il “dialogo competitivo” è una procedura nella quale la stazione appaltante, in casi 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 delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare offerte (a tale procedura qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare).

Il primo caso (lett. a)) ricorre allorquando sia stata esperita infruttuosamente una gara con procedura aperta o ristretta, o anche con dialogo competitivo. La mancata aggiudicazione deve in tal caso derivare esclusivamente dalla irregolarità delle offerte presentate, ovvero dalla loro inammissibilità, sia per quanto attiene all'aspetto soggettivo (requisiti degli offerenti), sia sotto l'aspetto oggettivo (requisiti delle offerte).

In questi casi è possibile procedere all'esperimento della trattativa privata senza pubblicazione del bando di "gara" (ufficiosa o informale: di ammissione alla trattativa privata) solo nel caso in cui alla procedura negoziata vengano invitati tutti i concorrenti (in possesso dei requisiti genericamente previsti) che nella precedente procedura infruttuosamente esperita abbiano presentato offerte rispondenti ai requisiti formali. A titolo esemplificativo, si pensi ai concorrenti esclusi per tardività dell'offerta (inammissibile), ovvero perchè non è stata ritualmente presentata; l'offerta però deve comunque rispondere ai "requisiti formali" presenti nel bando iniziale, nel senso che deve trattarsi di una offerta che possa essere presa in considerazione nel merito .

Quando, per contro, non si procede all'invito di tutti i concorrenti (nel senso dianzi chiarito) presenti nella procedura aperta o ristretta, allora si dovrà procedere alla pubblicazione di un vero e proprio bando di gara (ufficiosa o informale) ed alla successiva procedura negoziata.

Va evidenziato che, ai sensi dell' art. 62, co.1, le stazioni appaltanti, quando la difficoltà o la complessità dell'opera lo richiedano, possono limitare il numero dei candidati idonei che saranno invitati a negoziare, purchè vi sia un numero sufficiente di candidati idonei. In questo caso, le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara i criteri che intendono applicare per limitare il numero dei candidati; devono inoltre indicare il numero minimo di questi, e, se ritenuto opportuno, anche il numero massimo. Il numero minimo di candidati non può essere inferiore a sei, semprechè esista un tale numero di soggetti qualificati; ed in ogni caso, il numero dei candidati invitati deve essere sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza (art. 62, co.3).

Tornando all'articolo in esame (art.56), *in primis*, la norma preclude la sua applicazione per l'assegnazione di lavori di importo pari o superiore ad 1.000.000 di euro. Il fatto che la disposizione menzioni esclusivamente i "lavori" fa pensare che le previsioni in essa contenute non si applichino anche ai contratti di servizi e forniture (*ubi voluit, dixit*)⁷ . *In secundis*, nella procedura negoziata *de qua* non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Come si vede, questa seconda (aperta) previsione è suscettibile di essere variamente interpretata, di modo che è verosimile attendersi che la soluzione dei molti quesiti che essa genererà sarà devoluta alla giurisprudenza.

⁷ Anche perché nel successivo art. 57 la procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara è espressamente percorribile nei casi di contratti pubblici relativi a "lavori, forniture, servizi (...)"

La seconda ipotesi (lett. b)) collega la percorribilità della procedura negoziata a casi eccezionali, nei quali non sia consentita la fissazione preliminare e globale dei prezzi. Detta impossibilità deve derivare o da circostanze impreviste (o meglio, imprevedibili), ovvero dalla particolare natura dei lavori, servizi o forniture da assegnare. Anche qui sussiste una condizione necessaria pregiudiziale: in nessun caso le circostanze impreviste devono essere riconducibili alla stazione appaltante (“... oggettivamente non imputabili...”).

La terza ipotesi (lett. c)), limitata a “servizi”⁸ tassativamente elencati (e dunque, con l’esclusione di lavori e forniture), ovvero a prestazioni di natura “intellettuale” (anche esse latamente rientranti nella categoria dei servizi) tra le quali il Legislatore specifica la “progettazione di opere”, prevede che la trattativa privata sia esperibile quando la natura della prestazione da fornire renda impossibile fissare le specifiche del contratto con sufficiente precisione, tanto da rendere impercorribile la selezione dell’offerta migliore. A titolo di generico esempio, si può pensare a servizi la cui estensione sia difficilmente prevedibile a priori (ad esempio, per il numero dei destinatari), ovvero a progettazioni di opere pubbliche la cui complessità impedisce di predeterminare esattamente l’impegno del progettista.

L’ultima ipotesi (lett. d)) prende in considerazione gli appalti pubblici di lavori (ed esclude servizi e forniture), specificando che deve trattarsi esclusivamente di lavori a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto, in assenza di ogni finalità di lucro (redditività), o anche solo di recupero di costi. In sostanza, sembra trattarsi dell’appalto di lavori finalizzati alla ricerca o sperimentazione (più o meno scientifica, o di mercato), di opere, prodotti, o macchinari in cui la stazione appaltante non persegua alcuna finalità di profitto, ed anzi, sia consapevole del fatto che il costo della ricerca e degli eventuali sviluppi da essa derivati non potrà in nessun caso essere ammortizzato. Si deve trattare, in sintesi, di spese “a fondo perduto”.

Fin qui le ipotesi tassativamente previste.

Per tutti i quattro casi previsti dal primo comma dell’art. 56, è previsto (art. 56, co. 2) che le stazioni appaltanti procedano a “negoziare” con gli offerenti, per adeguare le offerte alle esigenze indicate nel bando di gara, nel capitolato d’oneri o negli eventuali documenti complementari, al fine di individuare l’offerta migliore. La concreta individuazione dell’offerta migliore va effettuata con i criteri di cui ai successivi artt. 82 e 83 (dei quali si tratterà nel paragrafo che segue).

Il comma 3 dell’articolo in esame stabilisce l’obbligo, per le stazioni appaltanti, di garantire parità di trattamento a tutti gli offerenti, e segnatamente fa divieto di fornire, in maniera discriminatoria, informazioni che possano

⁸ Per la cui elencazione si rimanda all’ Allegato II A, cat. 6.

avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri. Si tratta di una norma opportuna, per quanto sprovvista di espressa sanzione. In assenza, pertanto, di una diretta conseguenza, normativamente prevista, dell'inosservanza di questa disposizione⁹, non resta che la generica ricorribilità alla giurisdizione, al fine di ottenere l'annullamento dell'affidamento. Il tutto, naturalmente, con aggravio dei tempi di esecuzione e dei costi pubblici.

L'ultima previsione (co. 4) della disposizione esaminata è rivolta a consentire che la procedura negoziata possa svolgersi anche in fasi successive, allo scopo esplicito di ridurre il numero delle offerte da negoziare. In questo caso, però, il ricorso alla possibilità di frazionamento della procedura negoziata deve essere contenuto già nel bando di gara o nel capitolato d'onori. In difetto, il frazionamento in fasi successive non appare consentito. Peraltro, ai sensi del comma in esame, nonché del successivo art. 62, co.7, la riduzione – quando consentita – deve avvenire applicando, verosimilmente al contrario¹⁰, i criteri di cui ai successivi articoli 82 ed 83 (prezzo più basso-offerta economicamente più vantaggiosa).

Una considerazione finale è opportuna. Il ricorso al sistema della gara ufficiosa rappresenta, con tutta probabilità, l'unica forma di approccio che, avvicinandosi alla pubblica gara, consente il duplice beneficio di ottenere offerte ponderate, in quanto frutto di un sistema concorrenziale, e nel contempo difficilmente attaccabili sotto il profilo della procedura, e quindi a salvaguardia dell'immagine della pubblica Amministrazione. In sintesi, a fronte del sacrificio di una parte della discrezionalità di cui la p.A. dispone, si ottiene un maggior profitto in termini di trasparenza dell'azione amministrativa, trasparenza che, come è noto, costituisce negli ultimi anni un principio-guida del legislatore.

2.2. I criteri per l'individuazione dell'offerta migliore*

I criteri per l'individuazione della migliore offerta sono fissati dagli articoli 82 ed 83 del D.lg. n° 163/06.

Il primo è quello del “prezzo più basso”, intendendosi come tale quello monetariamente più basso rispetto al prezzo posto a base della gara (art. 82).

La legge demanda al bando di gara la sua fissazione, e distingue, al riguardo, i contratti da stipulare “a misura” da quelli da stipulare “a corpo”.

Per i contratti da stipulare a misura il prezzo più basso viene determinato mediante il ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara, ovvero mediante l'offerta a prezzi unitari. Nel primo caso è preferito il concorrente che ha

⁹ Si potrebbe pensare, ad esempio, alla esclusione dalla trattativa dell'offerente avvantaggiato (con il suo consenso) dalla stazione appaltante, ovvero ad altre forme di compensazione per gli altri offerenti.

¹⁰ Nel senso che si procederà ad escludere via via le offerte con i prezzi più alti, ovvero economicamente meno vantaggiose.

offerto il massimo ribasso. Nel secondo (offerta a prezzi unitari) la stazione appaltante è tenuta a trasmettere ai concorrenti l'elenco descrittivo delle voci relative alle varie unità di prodotto richieste. I concorrenti devono indicare i prezzi unitari che essi sono disposti ad offrire per ogni singola voce. Il prezzo complessivo offerto è dato dalla somma dei prezzi moltiplicati per le quantità e sommate (le quantità) tra loro. E' aggiudicatario il concorrente che ha offerto il prezzo complessivo più basso.

Per i contratti da stipulare a corpo il prezzo più basso viene determinato mediante il massimo ribasso offerto sull'importo dei lavori (a differenza del massimo ribasso offerto sull'elenco prezzi, previsto nei contratti a misura), ovvero mediante offerta a prezzi unitari (che, in questo caso, verranno computati sulle voci relative alle varie categorie di lavori).

Nel caso in cui il contratto sia da stipulare in parte a corpo ed in parte a misura (ad esempio, contratti misti di fornitura ed esecuzione lavori), la legge attribuisce preferenza al sistema dell'offerta a prezzi unitari.

Per le concrete modalità con cui applicare i criteri del massimo ribasso o dell'offerta a prezzi unitari la legge demanda ad un regolamento esecutivo.

L'articolo 83 definisce il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. E' del tutto evidente che detto criterio non si identifica con quello del minor costo monetario per la stazione appaltante (come è invece previsto dal precedente criterio del "prezzo più basso"), bensì dalla risultate di una analisi condotta sulla base di elementi diversi presenti nel contratto da assegnare. La norma non elenca tutti i possibili parametri che possono entrare il giuoco (e non potrebbe farlo, data l'infinità varietà degli stessi), ma si limita, per un verso a darne una generica tripartizione articolandoli in criteri pertinenti alla natura, all'oggetto, ed alle caratteristiche del contratto da aggiudicare; per altro verso, essa si perita di darne "a titolo esemplificativo" alcuni esempi: a) il prezzo; b) la qualità; c) il pregio tecnico; d) le caratteristiche estetiche e funzionali; e) le caratteristiche ambientali; f) il costo di utilizzazione e manutenzione; g) la redditività; h) il servizio successivo alla vendita; i) l'assistenza tecnica; l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio; n) la sicurezza di approvvigionamento; o) in caso di concessioni, la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.

Deve essere ben chiaro che l'elencazione contenuta nella legge non ha nessuna pretesa esaustiva, nel senso che i citati criteri di valutazione dell'offerta ivi elencati non sono assolutamente tassativi, ben potendo le stazioni appaltanti identificarne, di volta in volta, di nuovi e diversi a seconda delle necessità.

(*Per una esposizione di maggior dettaglio sull'argomento del presente paragrafo si rinvia alla trattazione tenuta in questo corso dal Prof. Avv. Mario Sanino)

2.3. La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

L'art. 57 è dedicato alla trattativa privata non preceduta da pubblicazione di bando di gara.

Il bando di gara cui la rubrica della norma si riferisce può essere sia qualsivoglia tipo di bando, sia il solo bando successivo all'esito infruttuoso di una procedura aperta o ristretta (co. 2, lett. a: nella quale, chiaramente, un bando è già stato pubblicato).

E' da notarsi che in questa fattispecie la norma richiede che nella delibera o determina a contrarre si dia adeguata motivazione delle ragioni che hanno determinato la stazione appaltante a ricorrere a questo sistema di scelta del contraente.

A differenza di quanto previsto nei contratti preceduti da pubblicazione di bando di gara (art. 56, co. 1), la disposizione in esame precisa che la procedura in discorso è consentita non solo per i lavori, ma anche per le forniture ed i servizi.

La prima parte della norma (commi 1 e 2) detta, per così dire, una disciplina generale, dedicata indifferentemente a contratti relativi a lavori, forniture, o servizi, per poi passare, nei successivi commi 3, 4 e 5 a trattare specificamente ipotesi particolari, ulteriormente delimitate.

La prima ipotesi "generale"(co. 2, lett. a)) ricorre nei casi in cui all'esperimento di una precedente procedura aperta o ristretta non sia stata presentata alcuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. La differenza rispetto alla previsione del precedente articolo sta nel fatto che qui non si tratta di vizi, per così dire, "formali" (quali l'irregolarità dell'offerta, o la sua inammissibilità), quanto di sostanziali circostanze di fatto (offerte non idonee, o nessuna offerta). La differenza si giustifica: nelle fattispecie previste dall'art. 56 la mera irriaturalità delle offerte non è sufficiente, nell'apprezzamento del Legislatore, a giustificare il ricorso ad una trattativa privata, per così dire, "diretta" (senza alcuna gara, neanche informale), ben potendosi, per contro - pur non rinnovando una identica procedura formale - adoperare un sistema che dia una sia pur ridotta garanzia di formalismo, e rimettendo così in gara offerenti che a causa di *errores in procedendo* non erano potuti entrare in valutazione.

Nell'art. 57, al contrario, l'assenza "di fatto" di qualunque offerta valutabile legittima la stazione appaltante ad individuare autonomamente, e perciò con maggiore snellezza procedimentale, il contraente con cui stipulare il successivo contratto. E' una ipotesi riconducibile alla previsione di cui all'art. 41, n° 1, Reg. Cont. Stato innanzi citato.

Come per il precedente art. 56, opportunamente la disposizione precisa che non possono essere modificate “in modo sostanziale” le condizioni iniziali del contratto. Anche qui si ripetono le perplessità esposte in merito alla formulazione della norma (*supra*, pag. 5).

Le stazioni appaltanti devono trasmettere alla Commissione della Comunità europea¹¹, su sua eventuale richiesta, una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione del contratto nella procedura aperta o ristretta, ed in aggiunta, sulla opportunità del ricorso alla procedura negoziata. Si tratta dell’introduzione di un controllo che, per quanto eventuale ed atipico (non è espressamente previsto cosa la Commissione possa fare in caso di esame negativo), al Legislatore è parso sufficiente a scoraggiare eventuali abusi.

Il lavori¹² di cui alla lett. a) non possono eguagliare o superare l’importo di 1.000.000 di euro.

La lettera b) del co. 2 prevede che la procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando sia esperibile quando la tutela di diritti esclusivi o la particolare natura tecnica o artistica del contratto da stipulare rendano obbligato il ricorso ad un operatore economico determinato. Si tratta, in sostanza, di situazioni di monopolio, che rendono logico ed inevitabile il ricorso alla trattativa privata. E’ altresì evidente che questa procedura non segue ad alcuna procedura aperta o ristretta.

La lettera c) del medesimo co. 2 prevede il caso in cui necessità ed urgenza rendono non percorribile la strada della gara. L’urgenza deve derivare da eventi non prevedibili dalle stazioni appaltanti, la cui sussistenza, però, non è da sola sufficiente a giustificare il ricorso a questo tipo di procedura. La norma richiede, infatti, che i tempi di intervento non siano compatibili con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione del bando. Anche in questo caso, in analogia di quanto previsto dall’art. 56, co. 1, lett. b), le circostanze giustificative dell’urgenza, e dunque del ricorso alla trattativa privata, non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti.

I successivi commi 3, 4 e 5 dettano, come già anticipato, ulteriori ipotesi “speciali”, per settori determinati o accessibili a particolari soggetti.

La prima, limitata al settore delle forniture, si articola in quattro lettere: la lett. a) dispone che si può prescindere dall’esperimento di una gara quando i prodotti oggetto del contratto da stipulare siano fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione, studio o sviluppo, semprechè la produzione non sia sufficiente ad accertare la redditività del prodotto o a coprire i costi di ricerca e messa a punto;

¹¹ Vedi art. 3, co. 48.

¹² Benchè il comma sia rivolto a disciplinare lavori, servizi e forniture, la lett. a) menziona soltanto i lavori. In una interpretazione ortodossa, secondo il canone per cui *lex specialis derogat generali*, l’applicabilità della lettera a) ai contratti di servizi e forniture – a meno che non si tratti di una mera svista del legislatore – dovrebbe essere esclusa.

la lett. b) riguarda il caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originale e destinate al rinnovo parziale di forniture o impianti di uso corrente, o anche all'ampliamento di forniture o impianti esistenti. Altra condizione è che il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali tecnici inidonei ("...con caratteristiche tecniche differenti"), che renderebbero oltremodo difficoltoso il loro impiego o la loro manutenzione.

Si tratta, per alcuni versi, di contratti accostabili a quelli di cui al precedente co. 2, lett. b), nei quali si è abbastanza prossimi ad una situazione di sostanziale monopolio. E proprio per questa considerazione, l'ultima parte della disposizione genera qualche perplessità, laddove si specifica che "(...) la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può di regola superare i tre anni." Perplessità originata dalla considerazione che, in situazione di sostanziale "monopolio", è difficile, se non impossibile, dettare condizioni imperative al monopolista. Le possibilità di una deroga, quindi, sono tutte riposte nel "di regola", opportunamente inserito nel disposto;

la lett. c) è ancora più evidente, trattando di forniture quotate ed acquistate in una borsa di materie prime (e quindi, a prezzi predeterminati);

la lett. d) prevede l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che dismette l'attività, ovvero da un curatore o liquidatore fallimentare, di un concordato preventivo, di una liquidazione coatta amministrativa, o di una amministrazione straordinaria di grandi imprese. In un linguaggio corrente, li definiremmo acquisti "d'occasione" o a prezzi di "svendita".

Il quarto comma disciplina i contratti relativi ai servizi, e consente di prescindere dalla gara qualora il contratto da stipulare faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba necessariamente, in base alle norme di settore, essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori del concorso. In caso di più vincitori, tutti questi devono essere invitati a partecipare alla procedura negoziata.

Il quinto comma, dedicato sia ai lavori che ai servizi, limita la procedura senza gara a due casi:

a) per i lavori o i servizi complementari, non previsti nel contratto iniziale, che diventano, a seguito di eventi imprevedibili, necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio principale; per fare a meno della gara è però necessario che il contratto "integrativo" sia assegnato al contraente assegnatario del contratto principale, alle seguenti ulteriori condizioni: a1) che i lavori o i servizi complementari siano sostanzialmente inscindibili dal contratto iniziale; a2) che i contratti "integrativi" non superino il 50% dell'importo del contratto principale;

b) quando si tratti della mera ripetizione di lavori o servizi già in precedenza assegnati, ad un determinato contraente, semprechè in linea con il progetto-base oggetto della precedente assegnazione. La possibilità di ricorrere, in quest'ultima fattispecie, alla trattativa privata senza pubblicazione di bando è

consentita esclusivamente nell'arco dei tre anni successivi dalla stipulazione del contratto principale, e per di più deve essere in detto contratto già prevista. Ad evitare che con questo sistema si possano aggirare i limiti di valore previsti dall'art. 28 (rubricato "Importi delle soglie dei contratti pubblici di rilevanza comunitaria"), opportunamente la norma stabilisce che l'importo stimato dei servizi o dei lavori successivi deve essere computato fin dall'origine nel rispetto della citata disposizione.

Per quanto attiene, in concreto, l'individuazione del contraente con cui stipulare il contratto, il Legislatore non può che fornire criteri di larga massima, ed anzi, addirittura un unico criterio che funge da "contenitore", consistente nelle "(...) informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato,(...)". E' chiaro che, dato il campo d'azione, non si poteva che far riferimento ai criteri di mercato, con tutto ciò di aleatorio che detto riferimento può contenere. Va però detto che, a limitare – per quanto possibile – l'enorme discrezionalità di cui godono, nella fattispecie, le stazioni appaltati, la legge prevede che, sotto l'aspetto oggettivo, la scelta vada operata nel rispetto dei principi cardine di trasparenza, concorrenza e rotazione, mentre sotto l'aspetto soggettivo impone che la prima selezione debba coinvolgere almeno tre possibili contraenti (sempre che un tale numero di idonei vi sia). Gli operatori selezionati sono invitati a presentare le loro offerte (contenenti gli elementi essenziali della prestazione offerta), sulla cui base le stazioni appaltanti procedono all'identificazione del contraente da scegliere applicando a seconda dei casi, il criterio del prezzo più basso o quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il tutto preceduto dalla verifica dei requisiti soggettivi dell'operatore, che devono rispondere a quelli previsti per l'affidamento di contratti di pari importo stipulati a seguito di gara formale (procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando).

Poche parole, infine, sulla questione attinente al rinnovo dei contratti.

Il legislatore, probabilmente sulla base del rilievo di una casistica negativa al riguardo, ed in armonia con il principio della trasparenza, ha inteso impedire in qualunque caso il rinnovo tacito dei contratti in tutti i campi (lavori, forniture, servizi), tanto da prevedere la sanzione della nullità assoluta in caso di deroga dalla previsione (art. 57, co.7).

Ciò detto, la sanzione della nullità assoluta genererà, probabilmente, un discreto contenzioso civilistico, alla cui giurisprudenza ci si dovrà necessariamente rifare. Invero, ferma restando la responsabilità degli amministratori, v'è da domandarsi che sorte seguiranno le prestazioni eseguite, e magari irripetibili, sulla base di un contratto successivamente dichiarato nullo. Non è improbabile l'applicazione del principio dell'arricchimento senza causa.

3. La trattativa privata nei settori speciali

La parte III del D.lg. 163/’06 è dedicata ai contratti di lavori, servizi e forniture nei settori speciali (acqua, gas, trasporto, poste, combustibili, etc.).

In particolare, per ciò che qui interessa, il richiamo va fatto al capo terzo, che tratta delle tipologie delle procedure di scelta del contraente.

L’art. 220 prevede la possibilità di affidare lavori, forniture e servizi anche mediante procedura negoziata. Nel qual caso, è previsto che gli enti aggiudicatori debbano pubblicare avviso di indizione di gara, ovviamente nel solo caso di trattativa privata previa pubblicazione di bando (art. 224, co. 1), che, peraltro, ancorchè collegato ad una mera facoltà, costituisce il normale sistema di procedura negoziata¹³.

Per quanto attiene, invece, all’assenza di gara, l’art. 224 elenca tassativamente le ipotesi in cui detta procedura è esperibile. A tal fine il legislatore attinge e procede a sintetizzare entrambe le norme di cui agli artt. 56 e 57, per la cui casistica si rimanda alle 10 lettere contenute nell’articolo in esame (lettere a-j).

In sintesi, al di fuori dei casi tassativamente elencati dall’art. 224, per i quali non è previsto l’obbligo della previa pubblicazione di bando, la regola generale è che la trattativa privata previa pubblicazione del bando, sulla base dei presupposti normalmente richiesti (v. art. 41 Reg. Cont. Stato), sia senz’altro esperibile a discrezione degli enti aggiudicatori. Ovviamente, nel silenzio della disposizione, si deve ritenere che, anche nei casi tassativamente elencati alle lettere a-j dell’art 224, l’ente aggiudicatore possa comunque procedere alla previa pubblicazione di un bando di gara informale.

¹³ Art. 224, co. 1: “Ferma restando la facoltà di ricorrere alle procedure negoziate previa pubblicazione di avviso con cui si indice la gara, gli enti aggiudicatori possono ricorrere ad una procedura senza previa indizione di una gara nei seguenti casi:(...)”