

La trattativa privata nel nuovo codice dei contratti e degli appalti pubblici

Come ogni altro soggetto dell'ordinamento anche la p.a. necessita di acquisire beni e servizi per il perseguimento dei propri fini: in tale operazione, contrariamente ad un soggetto privato, è tenuta ad assicurare il rispetto, quanto all'ordinamento nazionale, dei principi di buona andamento e imparzialità di cui all'Art. 97 Cost., e, quanto all'ordinamento comunitario, dei principi di libertà di stabilimento, della libera prestazione dei persone, merci, servizi e capitali¹ (dei principi loro derivati, quali il principio di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza²), della non discriminazione sulla base della nazionalità³.

In linea generale, sul versante nazionale, la materia dei contratti pubblici⁴ – fino all'entrata in vigore del nuovo codice – è tuttora disciplinata dalla Legge di contabilità dello Stato (R.D. n° 2440/1923.) e dal relativo Regolamento (R.D. n° 827/1924); più in particolare, specifici settori sono stati oggetto di intervento del legislatore – anche sulla spinta dell'adeguamento alla normazione comunitaria – nel campo dei lavori pubblici (L. n° 109/1994 e sue modificazioni), degli appalti di servizi (D. Lgs. n° 157/1995 e D. Lgs. n° 158/1995, relativamente ai settori esclusi), delle forniture⁵ (D. Lgs. n° 358/1992, modificato ed integrato dal D. Lgs. n° 402/1998).

Tali normative sono state adottate in esecuzione degli adempimenti comunitari derivanti dall'obbligo di recepimento delle Direttive europee, specificamente, la Dir. 92/50/CEE (nel caso degli appalti pubblici di servizi), la Dir. 77/62/CEE e la Dir. 88/295/CEE (nel caso degli appalti pubblici di forniture), la Dir. 93/38/CEE (nel caso degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi nei c.d. settori esclusi).

¹ Per un'applicazione di tale principio cfr. CGCE, 24 gennaio 1995, causa C-359/93, Commissione/93.

² Tali principi sono espressamente richiamati nel "considerando" (2) dalla Dir. 18/2004/CE: per assicurarne il rispetto l'Unione ha adottato la citata direttiva al fine di uniformare (rispettando "[...] *nella misura del possibile le procedure e le prassi in vigore in ciascuno stato membro*": cfr. "considerando" n° 3), nell'ambito dei territori dei Paesi membri, le procedure di scelta del contraente privato, così che possa essere favorito ai massimi livelli il processo di allargamento della partecipazione delle imprese alle gare bandite da Stati diversi rispetto a quello nazionale in cui sono stabilite.

³ Per una significativa applicazione giurisprudenziale di tale principio cfr. CGCE, sentenza 7 dicembre 2000, in C-324/98, *Teleaustria c. Post & Telekom Austria*, punto 60.

⁴ Per una ricostruzione esaustiva cfr. A. Massera, *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Sabino Cassese, Giuffrè, Milano, 2003, p. 1547 ss.

⁵ Nonostante il settore delle forniture abbia da sempre rappresentato una quota molto significativa della spesa relativa all'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni – che ricade, per una parte, cioè fino alla stipulazione del contratto, nell'ambito della volontà contrattuale dell'amministrazione; per altra parte, cioè dalla stipulazione in poi, nel diritto privato – per lungo tempo si è ritenuta sufficiente l'applicazione del Regio Decreto sulla contabilità dello Stato e del relativo Regolamento esecutivo. Solo negli anni '80, a seguito dell'adozione delle Direttive europee in materia, il legislatore interno ha predisposto un primo livello di norme specifiche, dirette ad inquadrarlo entro regole proprie. Successivamente, la stratificazione determinata dagli ulteriori interventi normativi, privi di un efficace coordinamento tra di loro, ha determinato la composizione di un quadro normativo di riferimento abbastanza confuso, per la cui sistemazione sono stati adottati il D.Lgs. n° 358/92 (integrato con le modifiche apportate dal D.Lgs. n° 402/98, adottato – in attuazione della delega conferita al Governo dall'Art.1, comma 3, L. n°128/1998 – per il recepimento della Dir. 93/36/CEE. Il citato D. Lgs. n° 402/98 attua anche la sopravvenuta Dir. 97/52/CEE, nella parte in cui modifica la stessa Dir. 93/36/CEE), che disciplina gli appalti di pubbliche forniture di valore superiore ai 200 mila dsp; ed il D.P.R. n° 573/94, che disciplina gli appalti pubblici di forniture di valore inferiore alla soglia comunitaria. In ordine a quest'ultimo provvedimento, non è inutile far notare che la sua finalità è quella di disciplinare le gare di appalto di pubbliche forniture di importo inferiore ai 200 mila dsp, secondo i principi dell'ordinamento comunitario, e ciò allo scopo di realizzare un complesso normativo omogeneo. Detti provvedimenti normativi sono applicati in coordinazione con il Regolamento generale della contabilità di Stato e con il suo regolamento di esecuzione.

Ciascuna di queste normative disciplina sia la fase dell'intenzione a contrarre, sia la fase di scelta del contraente, sia la fase di formazione del consenso. Alla seconda di queste fasi attiene il tema assegnato, la trattativa privata, la quale deve essere esaminata sia relativamente alla disciplina in vigore fino al 01.07.2006, sia per quanto contenuto nel D. Lgs. n° 163/2006 ("*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*", in G.U. 2 maggio 2006 n° 100, s.o. n° 107), di seguito indicato come "Codice", che entrerà in vigore nel prossimo luglio.

Fino all'adozione della Dir. 18/2004/CE e della Dir. 17/2004/CE – in recepimento delle quali è stato adottato il Codice – le trattazioni manualistiche di diritto amministrativo esaminavano le procedure di scelta del contraente privato secondo la tradizionale divisione "procedure aperte" "procedure ristrette", ove l'aggettivo indicava la maggiore o minore ampiezza di partecipazione alla scelta da parte degli operatori privati: asta pubblica, licitazione privata, appalto concorso, trattativa privata. Un'ulteriore classificazione può essere fornita dividendo le procedure "meccaniche" da quelle che potremmo definire "concertate", nel senso che nelle prime (asta pubblica e licitazione privata) l'amministrazione effettua la scelta sulla base di un oggetto contrattuale determinato solo da essa stessa, mentre nelle seconde (specialmente nell'appalto concorso) il ruolo del privato assume un connotato creativo e propositivo che contribuisce a determinare il contenuto del contratto.

In particolare, nella lettura delle procedure di scelta del contraente occorre tener presente che i principi nazionali e comunitari sopra ricordati rispondono alla duplice esigenza da un lato di assicurare che la scelta dell'amministrazione sia animata dal rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, dall'altro che il ricorso al mercato avvenga in forme tali da garantire la parità delle armi tra concorrenti ed il rispetto del principio di libertà di iniziativa economica privata di cui all'Art. 41 Cost., e che le scelte non siano falsate da elementi estranei⁶. In tal senso la trattativa privata è stata vista con particolare sfavore dal Giudice comunitario.

Venendo allo specifico tema oggetto delle presenti brevi note, la trattativa privata è disciplinata, in via generale, dall'Art. 41 del Regolamento di attuazione della Legge di contabilità di Stato, ove se ne limitano i casi alle situazioni tassative ivi indicate, genericamente riassumibili in situazioni di particolare specialità

⁶ Cfr. il "Considerando" n° (II) della Dir. 18/2004/CE: "*L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato*".

rispetto all'ordinario che il cui verificarsi non consentano l'adozione delle procedure tradizionali⁷: la norma non contiene una elencazione tassativa, stante la formula aperta della stessa al n° 6). Le singole disposizioni di settore hanno poi disciplinato i casi specifici⁸: la legislazione generale e quella speciale sono state abrogate dall'Art. 256 del Codice.

In relazione alla trattativa privata, il Codice costituisce un momento di innovazione, seppur non così forte come nel caso delle altre procedure di aggiudicazione dal momento che l'impianto della procedura è stato mantenuto dal legislatore nazionale⁹. Innanzitutto viene recepita la nuova classificazione comunitaria¹⁰ tra procedure aperte, ristrette, negoziate e dialogo competitivo¹¹, con quello che consegue anche in termini di mutamento del lessico giuridico tradizionale in materia¹². In secondo luogo – relativamente alle sole procedure di aggiudicazione sopra soglia, poiché quelle sotto soglia sono disciplinate dal successivo Titolo II – la trattativa privata viene disciplinata in due luoghi differenti, a seconda che per la partecipazione alla procedura ristretta¹³ sia (Art. 56¹⁴, corrispondente all'Art. 30 Dir. 18/2004/CE) o meno (Art. 57¹⁵,

⁷ Cfr. Art. 41: “Si procede alla stipulazione dei contratti a trattativa privata 1) quando gl'incanti o 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 o oggetti di previsione che una sola ditta può fornire con i requisiti tecnici e 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 37 a 40 del presente regolamento”.

⁸ Cfr. Art. 7 D. Lgs. n° 157/1995 (servizi); Art. 9 D. Lgs. n° 358/1992 (lavori e forniture); Art. 12, comma 3, lett. c) D. Lgs. n° 158/1995 (settori esclusi).

⁹ Quanto alla trattativa privata, si rinvia, in particolare, a M. Protto, *Illegittimo ricorso alla trattativa privata*, nota a CGCE 2 maggio 2005 (causa C-394/02), in *Urb. e App.*, 2005, p. 779; U. Di Benedetto, *Diritto amministrativo – giurisprudenza e casi pratici*, Maggioli, Rimini 1999; G. Bacosi, *Trattativa privata e tutela del privato contraente*, Giuffrè, Milano, 2000.

¹⁰ Cfr. Art. 28 Dir. n° 18/2004/CE.

¹¹ Cfr. Art. 54 D. Lgs. n° 163/2006: “1. Per l'individuazione degli operatori economici che possono presentare offerte per l'affidamento di un contratto pubblico, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte, ristrette, negoziate, ovvero il dialogo competitivo, di cui al presente codice. 2. Esse aggiudicano i contratti mediante procedura aperta o mediante procedura ristretta. 3. Alle condizioni specifiche espressamente previste, le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante il dialogo competitivo. 4. Nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previste, le stazioni appaltanti possono affidare i contratti pubblici mediante una procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara”.

¹² Le espressioni “trattativa privata”, “pubblico incanto” e “licitazione privata” sono sostituite – nell'ottica di armonizzazione del settore per tutti i Paesi membri dell'Unione – con termini comunitari, uguali per tutti gli Stati, rispettivamente “procedura negoziata”, “procedura aperta” e “procedura ristretta”.

¹³ Definita dall'Art. 3, comma 38, D. Lgs. n° 163/2006: “Le «procedure ristrette» sono le procedure alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, con le modalità stabilite dal presente codice” (la definizione riprende, quasi letteralmente quella contenuta dell' Art. 1, comma 1, lett. b), Dir. 18/2004/CE).

¹⁴ Cfr. Art. 56: “(Procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara) (art. 30, direttiva 2004/18; art. 24, l. n. 109/1994; art. 9, d.lgs. n. 358/1992; art. 7, d. lgs. n. 157/1995). 1. Le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara, nelle seguenti ipotesi: a) quando, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate sono irregolari ovvero inammissibili, in ordine a quanto disposto dal presente codice in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Le stazioni appaltanti possono omettere la pubblicazione del bando di gara se invitano alla procedura negoziata tutti i concorrenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 34 a 45 che, nella procedura precedente, hanno presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima. Le disposizioni di cui alla presente lettera si applicano ai lavori di importo inferiore a un milione di euro; b) in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori, servizi, forniture, la cui particolare natura o i cui imprevisti, oggettivamente non imputabili alla stazione appaltante, non consentano la fissazione preliminare e globale dei prezzi; c) limitatamente ai servizi, nel caso di servizi rientranti nella categoria 6 dell'allegato II A e di prestazioni di natura intellettuale, quali la progettazione di opere, se la natura della prestazione da fornire renda impossibile stabilire le specifiche del contratto con la precisione sufficiente per poter aggiudicare l'appalto selezionando

l'offerta migliore secondo le norme della procedura aperta o della procedura ristretta; d) nel caso di appalti pubblici di lavori, per lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto, e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e sviluppo. 2. Nei casi di cui al comma 1, le stazioni appaltanti negoziano con gli offerenti le offerte presentate, per adeguarle alle esigenze indicate nel bando di gara, nel capitolato d'oneri e negli eventuali documenti complementari, e per individuare l'offerta migliore con i criteri di selezione di cui agli articoli 82 e 83. 3. Nel corso della negoziazione le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento tra tutti gli offerenti, e non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri. 4. Le stazioni appaltanti possono prevedere che la procedura negoziata si svolga in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare applicando i criteri di aggiudicazione indicati nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. Il ricorso a tale facoltà è indicato nel bando di gara o nel capitolato d'oneri"

¹⁵ Cfr. Art. 57; "(Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara) (art. 31, direttiva 2004/18; art. 9, d.lgs. n. 358/1992; art. 6, comma 2, l. 24 dicembre 1993, n. 537; art. 24, l. n. 109/1994; art. 7, d. lgs. n. 157/1995). 1. Le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle ipotesi seguenti, dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre. 2. Nei contratti pubblici relativi a lavori, forniture, servizi, la procedura è consentita: a) qualora, in esito all'esperienza di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Alla Commissione, su sua richiesta, va trasmessa una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta e sulla opportunità della procedura negoziata. Le disposizioni contenute nella presente lettera si applicano ai lavori di importo inferiore a un milione di euro; b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato; c) nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti. 3. Nei contratti pubblici relativi a forniture, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita: a) qualora i prodotti oggetto del contratto siano fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione, di studio o di sviluppo, a meno che non si tratti di produzione in quantità sufficiente ad accertare la redditività del prodotto o a coprire i costi di ricerca e messa a punto; b) nel caso di 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, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni; c) per forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime; d) per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato preventivo, di una liquidazione coatta amministrativa, di un'amministrazione straordinaria di grandi imprese. 4. Nei contratti pubblici relativi a servizi, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita qualora il contratto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso; in quest'ultimo caso tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati. 5. Nei contratti pubblici relativi a lavori e negli appalti pubblici relativi a servizi, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita: a) per i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni: a.1) tali lavori o servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento; a.2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori o servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale; b) per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale, e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi e lavori successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28. 6. Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico – finanziaria e tecnico – organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando. 7. E' in ogni caso vietato il rinnovo tacito dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi, lavori, e i contratti rinnovati tacitamente sono nulli".

corrispondente all'Art. 31 Dir. 18/2004/CE) preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara. In terzo luogo sono stati notevolmente ampliati i casi in cui è possibile il ricorso a tale forma di aggiudicazione, relativamente agli appalti di lavori¹⁶, di forniture¹⁷, di servizi.

Per le aggiudicazioni sopra soglia i riferimenti sono contenuti nell'Art. 56 e nell'Art. 57. In sostanza, la "vecchia" trattativa privata è oggi disciplinata dall'Art. 57, salvo alcuni distinguo¹⁸ ed alcune specificazioni dedicate ai singoli settori¹⁹.

Tra la procedura di cui all'Art. 56 e quella di cui all'Art. 57 (ossia, l'aver pubblicato o meno un bando di gara) sussiste una differenza relativamente alla fase di aggiudicazione.

Nel primo caso la stazione appaltante negozia i termini dell'offerta con il soggetto che l'ha presentata "per adeguarla alle esigenze indicate nel bando di gara, nel capitolato d'onere e negli eventuali documenti complementari": tale fase deve svolgersi nel rispetto dei principi di parità di trattamento e di imparzialità²⁰,

¹⁶ Prima limitati all'Art. 24 L. n° 109/1994, ed ora previsti per le ipotesi di "lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni [...] e "per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale, e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi e lavori successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28".

¹⁷ Si segnalano, in particolare, i seguenti casi indicati dall'Art. 57, comma 3: "a) [...] i prodotti oggetto del contratto siano fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione, di studio o di sviluppo, a meno che non si tratti di produzione in quantità sufficiente ad accertare la redditività del prodotto o a coprire i costi di ricerca e messa a punto"; "c) per forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime", "d) per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato preventivo, di una liquidazione coatta amministrativa, di un'amministrazione straordinaria di grandi imprese".

¹⁸ Tra i più significativi si segnala la possibilità di aggiudicare a trattativa privata anche nel caso in cui nessuna delle offerte pervenute siano appropriate; la previsione di un particolare onere di motivazione relativamente alle "ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta e sulla opportunità della procedura negoziata"; l'espressa esclusione del ricorso alla trattativa privata nel caso in cui le ragioni di estrema urgenza siano imputabili alla stazione appaltante.

¹⁹ La particolare tecnica legislativa del Codice rende lo stesso apprezzabile anche dal punto del *drafting normativo*: in particolare, nel caso della disciplina in esame, nello stesso testo di legge, in due soli articoli è contenuta la disciplina che prima era sparsa in almeno quattro fonti normative, ed all'interno delle stesse in numerosi articoli.

²⁰ Non è di immediata comprensione il richiamo comunitari contenuti nell'Art. 56, comma 3, a tenore del quale "Nel corso della negoziazione le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento tra tutti gli offerenti, e non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri". Detta norma, infatti, potrebbe apparire superflua, sia in considerazione del fatto che i nominati principi costituiscono parte dei principi generali del Trattato e, quindi, sono vincolanti per gli Stati membri; sia perché l'indicazione riporta alcuni dei principi che l'Art. 2, comma 1, del Codice richiede siano rispettati nelle procedure di affidamento e di esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture. A ben guardare, il richiamo dei predetti principi costituisce, per il legislatore nazionale, recepimento l'orientamento espresso dai giudici – in particolare comunitari: cfr. CGCE, ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, punto 19; CGCE, sentenza 7 dicembre 2000, in C-324/98 – in note pronunce le quali, in sostanza, hanno contribuito a far divenire *ius receptum* il principio per cui gli appalti sotto soglia sono comunque sottoposti all'applicazione del diritto comunitario, salvo eccezionali deroghe la deroga comunque motivate e giustificabili solo in presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche (in tal senso cfr. T.A.R. Campania – Napoli, sez. I, sentenza 20 maggio 2003 n° 5868; Cons. St., sez. IV, sentenza 15 febbraio 2002 n° 934; Cons. St., sezione VI, sentenza 2 marzo 2001 n° 1206, tutte in www.giustizia-amministrativa.it). La questione della pervasività dei principi dell'ordinamento comunitario – e, quindi, della loro vincolatività per il giudice, nazionale e comunitario – anche in settori ove non siano espressamente richiamati, è stata affrontata, relativamente alle aggiudicazioni di appalti sotto soglia, dal Dipartimento delle Politiche Comunitarie della Presidenza del Consiglio dei Ministri in tre Circolari, la Circolare 19 ottobre 2001 n° 12727 (in tema di affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici locali, in Gazzetta Ufficiale n° 264 del 13 novembre 2001), la Circolare 1 marzo 2002 n° 3944 (in tema di procedure di

ed all'esito il contraente viene scelto – secondo quanto indicato nel bando – ai sensi dell'Art. 82 (criterio del prezzo più basso) o dell'Art. 83 (criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa). La stazione appaltante può, inoltre, prevedere un sistema di negoziazione strutturato in fasi successive, così da compiere una maggior accurata selezione fino a ridurre il numero delle offerte.

Se, invece, non viene pubblicato un bando, la procedura avviene in direzione contraria: non essendoci soggetti che chiedono di partecipare, sarà la stazione appaltante ad individuare²¹ e ad invitare (in un numero minimo stabilito dalla norma) i partecipanti²². Sulla base dei criteri di cui all'Art. 82 ed all'Art. 83 verrà scelto il contraente: non è prevista né la procedura negoziata né quella in fasi successive.

A differenza del sistema previgente all'entrata in vigore del Codice, la trattativa privata – ed in ciò emerge un ulteriore elemento di novità e di semplificazione della procedura – è stata equiparata alle altre procedure relativamente alla fase formale di aggiudicazione²³. Il sistema delineato dal Codice è contenuto nell'Art. 11, il quale determina il procedimento amministrativo nelle seguenti fasi: determinazione a contrarre, scelta del contraente, aggiudicazione provvisoria, aggiudicazione definitiva, verifica del possesso dei requisiti richiesti²⁴, comunicazione del provvedimento di aggiudicazione ai controinteressati, stipula²⁵ del contratto²⁶ (salvo i poteri di autotutela), fase integrativa dell'efficacia²⁷, esecuzione del contratto²⁸.

affidamento delle concessioni di servizi e di lavori, in Gazzetta Ufficiale n° 102 del 3 maggio 2002) e la Circolare 6 giugno 2002 n° 8756 (in tema di normativa applicabile agli appalti pubblici sottosoglia, in G.U. n° 178 del 31 luglio 2002): in quest'ultima sede, è stato affermato che da una lettura complessiva delle norme del Trattato rilevanti in materia, nonché della loro applicazione fornita dal giudice comunitario, “*si ricava il corollario alla stregua del quale anche per gli appalti pubblici sottosoglia, e più in generale per i contratti stipulati da pubblici soggetti in settori non regolamentati sul versante europeo, il diritto comunitario considera il ricorso alla scelta diretta, in deroga ai principi di trasparenza e di concorrenza, quale evenienza eccezionale, giustificabile solo in presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche, necessitanti di adeguata motivazione, che rendano impossibile in termini di razionalità l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto, ovvero che evidenzino la non rilevanza di un'operazione sul piano della concorrenza nel mercato unico europeo. Alla stregua dei principi comunitari fin qui tratteggiati, si ricava, infatti, come le pubbliche amministrazioni, che intendono stipulare contratti non regolamentati sul piano europeo, pur non essendo vincolate da regole analitiche in punto di pubblicità e di procedura, siano comunque tenute ad osservare criteri di condotta che, in proporzione alla rilevanza economica della fattispecie ed alla sua pregnanza sotto il profilo della concorrenza nel mercato comune, consentano senza discriminazioni su base di nazionalità e di residenza, a tutte le imprese interessate di venire per tempo a conoscenza dell'intenzione amministrativa di stipulare il contratto e di giocare le proprie chances competitive attraverso la formulazione di un'offerta appropriata*”.

²¹ Cfr. Art. 57, comma 6: la scelta dell'appaltante avviene “[...] sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione [...]”.

²² Cfr. Art. 57, comma 6: “*La stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare [...] e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei*”.

²³ La mancanza di questa fase formale, alla quale potersi attribuire – come negli altri sistemi di scelta – il valore di conclusione del contratto, ha avuto l'effetto di sviluppare un orientamento per il quale la stipulazione costituisce momento di perfezionamento del negozio.

²⁴ Solo il superamento positivo della fase di verifica dei requisiti rende efficace l'aggiudicazione definitiva (cfr. Art. 11, comma 8).

²⁵ Cfr. Art. 11, comma 13: “*Il contratto è stipulato mediante atto pubblico notarile, o mediante forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero mediante scrittura privata, nonché in forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante*”.

²⁶ La norma (Art. 11, comma 9) sembra configurare un'ipotesi di silenzio inadempimento. Infatti, la norma stabilisce un termine per la stipula del contratto (“[...] la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario.”) che può non essere osservato dall'appaltante: in tal caso, al contraente privato viene fornita una tutela specifica (“[...] l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisoria.”) ma allo stesso pare debba essere concessa

Tra la comunicazione ai controinteressati e la stipula del contratto il Codice ha previsto la decorrenza di un termine dilatorio di trenta giorni, sulla cui effettiva utilità c'è motivo di dubitare²⁹.

Per quanto riguarda le aggiudicazioni sotto soglia comunitaria³⁰, la trattativa privata è regolata dall'Art. 122: in particolare, il comma 7 introduce un'ulteriore ipotesi di ricorso alla trattativa privata *“anche per lavori di importo complessivo non superiore a centomila euro”*, estendendo a tutti i settori l'ipotesi prima prevista solo relativamente agli appalti di lavori pubblici³¹.

Detta norma – oggetto di specifico esame da parte del Consiglio di Stato, in sede di parere obbligatorio³² reso sullo schema di Decreto Legislativo recante il *“Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”* – è stata valutata con attenzione dalla Sezione, la quale ha osservato che *“[...] in una vicenda per certi versi analoga (relativa alla formulazione originaria dell'art. 17, comma 12, della legge n. 109 del 1994) fu aperta una procedura di infrazione contro l'Italia. Nella legge comunitaria 2004 (legge 18 aprile 2005, n. 62, art. 24) quel precetto è stato adeguatamente modificato. Va comunque tenuto presente il dichiarato sfavore dell'ordinamento comunitario per tutte le fattispecie di trattativa privata”*.

Un'ulteriore applicazione – surrettizia – della trattativa privata è individuabile nel successivo Art. 125 del Codice, in relazione a lavori, servizi e forniture in economia: il comma 8³³ prevede che per importi di lavori compresi tra €40.000 ed €200.000, l'affidamento avvenga mediante cottimo fiduciario³⁴.

(stante la facoltatività della tutela specifica: *“[...] l'aggiudicatario può [...]”*) anche la tutela generale sul silenzio nelle forme di cui all'Art. 4-bis della L. n° 241/90, con i noti svolgimenti di cui all'Art. 21-bis, comma 2, L. n° 1034/1971. Inoltre la disciplina speciale dettata dal comma 9 potrebbe risultare, ad avviso di chi scrive, in contrasto con la previsione di cui all'Art. 21-quinquies L. n° 241/90, nella parte in cui, prevedendo una sorta di revoca tacita del provvedimento di aggiudicazione definitiva (consistente nella omessa stipulazione del contratto) che terrebbe la stazione appaltante indenne dalle conseguenze risarcitorie previste dall'Art. 21-quinquies.

²⁷ Cfr. Art. 11, comma 11: *“Il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori.”*, nonché alla fase del controllo sugli atti delle procedure di affidamento di cui al successivo Art. 12.

²⁸ Cfr. Art. 11, comma 12: *“L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante o l'ente aggiudicatore ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste dal regolamento”*.

²⁹ Tale vincolo può essere superato in due casi espressamente previsti: ove la stazione appaltante ravvisi la sussistenza di *“[...] motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine”* nonché relativamente *“[...] ai contratti relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi, di cui alla parte II, titolo III, capo IV.”*

³⁰ Relativamente alle operazioni sotto soglia emergono le differenze mantenute – nonostante l'ampia opera di unificazione della procedura nei settori servizi, forniture, lavori – relativamente all'aggiudicazioni di appalti pubblici di lavori, alle quali l'Art. 122 del Codice riserva regole di specie in tema di pubblicità, di termini, di anomalia nelle offerte.

³¹ Cfr. Art. 24, comma 1, lett. a), L. n° 109/1994, nel testo integrato dall'Art. 7, comma 1, lett. p), L. n° 166/2002: *“L'affidamento a trattativa privata è ammesso per i soli appalti di lavori pubblici esclusivamente nei seguenti casi: a) lavori di importo complessivo non superiore a 100.000 euro; [...]”*.

³² Cfr. Cons. St., sez. consultiva per gli atti normativa, parere n° 35572006 espresso nella seduta del 6 febbraio 2006, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³ Relativamente alla quale il Consiglio di Stato, *cit.*, oltre a sollevare dubbi di conformità alla delega di coordinamento e semplificazione (*“Più in generale, a prescindere dall'individuazione in concreto della soglia, si dubita della legittimità di un intervento normativo innovativo in tema di lavori in economia sulla base di una delega di coordinamento e semplificazione”*), anche nella parte in cui assimila – fornendone disciplina unitaria – i lavori in economia agli affidamenti (*“I servizi in economia (che nella pratica si svolgono solo attraverso il cottimo fiduciario, essendo l'ipotesi dell'amministrazione diretta del tutto residuale costituiscono infatti uno strumento del tutto alternativo alla stipula dei contratti con terzi. In sintesi, attraverso le procedure di economia l'amministrazione svolge direttamente (anziché appunto ricorrere a contratti) l'attività necessaria per procurarsi i mezzi necessari al raggiungimento dei propri fini. Ne consegue che i lavori in economia – i quali sono espletati dal funzionario designato mediante strumenti di diritto comune e cioè contratti di cottimo non soggetti ad approvazione – non possono essere ricondotti all'ambito degli affidamenti sotto soglia che la legge delega consente di semplificare”*), ha osservato le possibili pericolose (in

Massimo Spinozzi

particolare per la tutela della concorrenza) ricadute materiali nell'ambito di piccoli enti, nei quali gli importi fissati dal Codice possono essere rilevanti e riguardare aggiudicazioni di dimensioni significative.

³⁴ Che costituisce una procedura negoziata ai sensi dell'Art. 3, comma 40 del Codice. In tal caso l'aggiudicazione "[...] avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante".