

La motivazione è necessaria ma il peso dipende dalla gara La mappa delle irregolarità

Fra i vizi più diffusi c'è quello dell'assenza o dell'ineadeguatezza di motivazione. L'importanza delle spiegazioni cambia a seconda che l'affidamento avvenga con la procedura negoziata, riguardi solo l'esecuzione dei lavori o preveda il dialogo competitivo.

La determina a contrarre conclude la fase programmatrice prodromica all'espletamento delle procedure di selezione del contraente e, contemporaneamente, costituisce il presupposto di legittimità e il primo atto della fase successiva di identificazione dell'operatore economico cui affidare la prestazione.

Dunque, i vizi che eventualmente affliggono la determina a contrarre possono riverberarsi sugli atti successivi, ivi compreso il contratto stipulato dalla stazione appaltante.

L'incompetenza

La determina/decreto a contrarre deve essere assunta in conformità alle previsioni dell'ordinamento della specifica amministrazione considerata. Se viene assunta da un diverso soggetto risulta viziata da incompetenza. Trattandosi di atto di natura gestionale, nel caso degli enti locali, la competenza all'assunzione della determina a contrarre è del dirigente. Conseguentemente, se la stessa venisse assunta, ad esempio, dalla giunta comunale o dal consiglio comunale risulterebbe

irrimediabilmente viziata.

La giurisprudenza amministrativa sul punto ha avuto modo di rilevare (cfr. Tar Campania, Napoli, sezione VIII, sentenza 3 febbraio 2010, n. 555; Tar Calabria, Catanzaro, sezione I, sentenza 21 maggio 2010, n. 812; Tar Calabria, Reggio Calabria, sentenza 13 febbraio

**Particolarmente
dettagliate
quelle previste
nel caso in cui si
ricorra a procedure
eccezionali**

2004, n. 153) che, mentre spettano alla giunta comunale i poteri di indirizzo e controllo politico-amministrativo, spetta unicamente al dirigente, nell'esercizio delle sue specifiche competenze tecniche, l'attività gestionale che a tali indirizzi dà concreta esecuzione. La giunta, dunque, deve limitarsi a impartire diret-

tive circa gli obiettivi raggiungibili attraverso la specifica iniziativa di spesa e a stanziare le risorse finanziarie all'uopo necessarie, senza poter definire in maniera analitica tutte le condizioni procedurali e negoziali dell'affidamento e dell'appalto, perché, laddove lo facesse enunciando fine, oggetto e natura del contratto, adotterebbe un provvedimento sostanzialmente assimilabile a una determina a contrarre, invadendo illegittimamente la sfera di competenza della dirigenza.

Le ragioni della scelta

La determina/decreto a contrarre è un atto amministrativo e, come tale, deve essere motivato.

L'onere di motivazione rileva, in particolare, nei casi in cui la stazione appaltante si avvalga della facoltà di selezionare il contraente privato mediante procedure che il codice contratti considera eccezionali o che, comunque, subordinano alla sussistenza di determinati presupposti.

La procedura negoziata

L'articolo 57 del codice contratti, che disciplina i casi nei quali

■ GLI EFFETTI DELL'INVALIDITÀ

Il punto è controverso. Per taluni la mancanza o l'invalidità di un atto preparatorio rispetto alla procedura a evidenza pubblica e interno all'amministrazione, come la determina/decreto a contrarre, si riverbera sugli atti successivi rendendoli annullabili, per altri gli atti successivi sarebbero inefficaci ab origine mancando radicalmente la legittimazione a negoziare. Invece costituisce una mera irregolarità inidonea a viziare il procedimento successivo la mancata menzione nel bando di gara degli estremi della determina, come pure richiesto dall'articolo 55, comma 2, dello stesso Dlgs 163/2006 (Tar Lazio, Roma, sezione I, sentenza 3 dicembre 2010, n. 35337).

è legittimo il ricorso alla procedura negoziata non preceduta da bando di gara richiama espressamente l'obbligo, per l'amministrazione procedente, di dare conto nella determina o nel decreto a contrarre della sussistenza degli specifici presupposti che la norma considera necessari per fondare la possibilità di ricorso a questa eccezionale modalità di individuazione del contraente.

Si deve tener presente che, a meno che non si versi nell'ipotesi della mancanza di offerte in una precedente gara aperta o ristretta, non è sufficiente, per ritenere assolto l'obbligo di motivazione, fare un generico riferimento alla norma (ad es. precisando che si procede «ai sensi dell'articolo 57, comma 2, lettera b») ma che è, invece, necessario indicare in modo analitico i presupposti legittimanti.

Si rammenta che la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara è consentita: *a)* qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura; *b)* qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente a 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 sempre che le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non siano imputabili alle stazioni appaltanti. Pertanto, quando l'amministrazione intenda invocare, ad esempio, la fattispecie alla lettera *c)*, non deve limitarsi ad affermare apoditticamente che vi sono ragioni di somma urgenza, ma deve anche dimostrare la cumulativa esistenza di tutti i presupposti legittimanti e, in particolare (cfr. Corte di Giustizia europea, sentenza 2 agosto 1993, causa C-107/92, Commissione/Italia, Racc. pag. I-4655, punto 12):

- 1) un evento imprevedibile di natura esogena;
- 2) un'eccezionale urgenza incompatibile col tempo richiesto per l'esperimento delle procedure ordinarie di evidenza pubblica;
- 3) un nesso di causalità tra l'evento imprevedibile e la situazione di eccezionale urgenza che ne deriva.

Inoltre, per quanto concerne gli appalti di lavori, la procedura negoziata è ammessa: *a)* per i lavori complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale che, a seguito di una circostanza impreveduta, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera oggetto del progetto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni: *a.1)* tali lavori complemen-

tari 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 complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale; *b)* per nuovi lavori consistenti nella ripetizione di lavori analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali lavori 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, comunque l'affidamento deve avvenire entro tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere previsto nel bando del contratto originario. Anche in questi casi il riferimento alla fattispecie non può essere generico, ma deve contenere tutti gli elementi motivazionali richiesti per la legittimità della fattispecie.

La sola esecuzione

L'articolo 53 del codice contratti, per quanto attiene agli appalti di lavori, considera come «normale» l'affidamento che ha a oggetto la sola esecuzione. Di conseguenza, laddove l'amministrazione intenda affidare la sola esecuzione dell'opera, il decreto o la determina a contrarre non deve fornire la motivazione della scelta. Al contrario, se la stazione appaltante intende affidare:

- la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice;

- previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto preliminare dell'ammini-

strazione aggiudicatrice, allora la determina o il decreto a contrarre deve motivare in ordine alle esigenze tecniche, organizzative ed economiche che hanno indotto la stazione appaltante a preferire questi diversi schemi contrattuali, anziché quello dell'appalto di sola costruzione.

I lavori in economia

Anche nei casi - tra loro diversi - dei lavori in economia e della procedura negoziata non preceduta da bando di gara esperita ai sensi dell'articolo 122, comma 7-bis del codice, la determina a contrarre deve essere motivata dalla sussistenza dei presupposti legittimanti.

Per quanto concerne gli affidamenti in economia, l'articolo 125 limita il ricorso a tale procedura sia dal punto di vista dell'oggetto che dal punto di vista degli importi. In particolare, si può fare ricorso all'affidamento in economia solo entro il limite massimo di € 200.000,00 e solo per le tipologie di lavoro individuate da ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche competenze e nell'ambito delle categorie generali elencate al comma 6 del citato articolo 125. L'articolo 122, inve-

ce, detta una disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia comunitaria e il comma 7-bis dà la facoltà di affidare con procedura negoziata non preceduta da bando i lavori sino a 500mila euro.

Il dialogo competitivo

Può essere esperito solo per appalti particolarmente complessi, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici (o, a seconda dell'oggetto, del Consiglio superiore dei beni culturali) e non può essere applicato alle infrastrutture strategiche. Conseguentemente, soprattutto nel caso in cui il parere del Consiglio superiore sia stato conseguito per silenzio-assenso, è necessario che la determina a contrarre sia motivata dando conto delle specifiche complessità.

P.C. e L.L.

© RIPRODUZIONE RISERVATA



SETTIMANALE DI MERCATI & PROGETTI,
NORME, APPALTI

Direttore responsabile:
ELIA ZAMBONI

Coordinatore editoriale:
GIORGIO SANTILLI

edilizia@ilsole24ore.com

GRUPPO 24 ORE

Proprietario ed Editore: Il Sole 24-Ore S.p.A.
Presidente: Giancarlo Cerutti
Amministratore Delegato: Donatella Treu

REDAZIONE:

Alessandro Arona
a.arona@ilsole24ore.com
0630227602

Massimo Frontera
m.frontera@ilsole24ore.com
0630227664

Flavia Landolfi
f.landolfi@ilsole24ore.com
0630226440

Alessandro Lerbini
a.lerbini@ilsole24ore.com
0630227618

Bianca Lucia Mazzei
b.mazzei@ilsole24ore.com
0630227604

Mauro Salerno
m.salerno@ilsole24ore.com
0630227659

Valeria Uva
v.uva@ilsole24ore.com
0630227605

Registrazione Tribunale di Avezzano n. 124 del 25 luglio 1996

Sede legale: Via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano

Amministrazione: Via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano

Direzione, redazione: Piazza dell'Indipendenza, 23 B, C - 00185 Roma

Tel. 0630227632 - Fax 0630227649

Il Sole 24-Ore S.p.A. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questo periodico può essere riprodotta con mezzi grafici e meccanici quali la fotocopiazione e la registrazione. Manoscritti e fotografie su qualsiasi supporto veicolati, anche se non pubblicati, non si restituiscono.

Servizio Clienti Periodici: Via Tiburtina Valeria (S.S. n. 5) km 68,700 - 67061 Carsoli (AQ). Tel. 06 oppure 023022.5680 - Fax 063022.5400 oppure 023022.5400.

Abbonamento annuale (Italia): Edilizia e Territorio (settimanale + CD-Rom delle annate): euro 199,00; per conoscere le altre tipologie di abbonamento ed eventuali offerte promozionali, contatti il Servizio Clienti (tel. 02.3022.5680 oppure 06.3022.5680; mail: servizioclienti.periodici@ilsole24ore.com).

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti telefonando direttamente e inviando l'importo tramite assegno non trasferibile intestato a: Il Sole 24 ORE S.p.A., oppure inviando la fotocopia della ricevuta del pagamento sul c.c.p. n. 31481203. La ricevuta di pagamento può essere inviata anche via fax allo 02.3022.5406 oppure allo 06.3022.5406.

Per abbonarsi via internet consultare il sito www.shopping24.it

Arretrati e numeri singoli: 5,16 comprensive di spese di spedizione. I numeri non pervenuti potranno essere richiesti via fax al nr. 02-0630225402; 02-0630225406 o via email a servizioclienti.periodici@ilsole24ore.com entro due mesi dall'uscita del numero stesso.

Pubblicità: Il Sole 24 ORE Editoria Specializzata srl - Via Goito 13 - 40126 Bologna - Tel.: 051/65751

Tariffe pubblicità: Tabloid: pagina intera b/n 4.110,00, colore 6.030,00; Junior Page b/n 2.470,00, colore 3.450,00; Mezza Pagina b/n 2.080,00, colore 3.020,00; Fascicolo: seconda di copertina 7.670,00+iva, terza di copertina 6.570,00+iva; quarta di copertina 8.760,00+iva; quartino centrale 11.370,00+iva.

Stampa: Il Sole 24-ORE S.p.A. - Via Tiburtina Valeria (S.S. n. 5) km 68,700 - 67061 Carsoli