

Determinazione n. 8 del 14 dicembre 2011

(pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 302 del 29 – 12 – 2011)

Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria dopo le modifiche introdotte dal decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge dalla legge 12 luglio 2011, n. 106.

Premessa

L'Autorità ha adottato la determinazione n. 2 del 6 aprile 2011 recante "*Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, con particolare riferimento all'ipotesi di cui all'art. 122, comma 7-bis del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*", pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, serie generale n. 106, del 9 maggio 2011.

Nella citata determinazione l'Autorità ha analizzato alcune delle problematiche scaturenti dagli affidamenti dei contratti di valore economico inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, tenuto conto del crescente ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando soprattutto a seguito del precedente innalzamento dell'importo da 100.000 a 500.000 euro della soglia entro cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva la facoltà di adottare tale procedura per gli appalti di lavori, ai sensi dell'articolo 122, comma 7-bis del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (nel prosieguo, Codice), come novellato dalla legge 22 dicembre 2008, n. 201. L'Autorità si è soffermata sulla disposizione contemplata dal citato articolo 122, comma 7-bis, delineando il corretto *modus operandi* che l'amministrazione deve seguire per la scelta del contraente, alla luce dei principi generali di matrice comunitaria applicabili e del necessario coordinamento con quanto disposto all'articolo 57, comma 6

del Codice. E' stato, poi, approfondito il tema del ricorso alla "indagine di mercato", per il quale non esiste una definizione normativa, precisando che l'utilizzo di tale strumento non può comportare l'individuazione degli operatori economici da invitare con modalità "chiuse" rispetto al mercato. Ulteriori indicazioni hanno riguardato la necessità della pubblicazione dell'avviso di post-informazione, al fine di rendere noti i soggetti aggiudicatari in esito alla procedura. Si è, infine, suggerito alle amministrazioni di predisporre "elenchi aperti di operatori economici", indicando le caratteristiche che gli elenchi devono presentare affinché siano compatibili con la normativa nazionale e comunitaria, stante il generale divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare i cosiddetti "albi speciali o elenchi di fiducia" stabilito all'articolo 40, comma 5 del Codice.

Successivamente, il legislatore ha emanato il decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 , rubricato "Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia", pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 110 del 13 maggio 2011, convertito in legge con modifiche dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 160 del 12 luglio 2011, nell'ambito del quale è stato abrogato il comma 7-bis dell'art. 122 del Codice ed è stato sostituito il comma 7 dello stesso articolo 122 dal seguente: *"7. I lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto, per lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro, ad almeno dieci soggetti e, per lavori di importo inferiore a 500.000 euro, ad almeno cinque soggetti se sussistono aspiranti idonei in tali numeri. I lavori affidati ai sensi del presente comma, relativi alla categoria prevalente, sono affidabili a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20 per cento dell'importo della medesima categoria; per le categorie specialistiche di cui all'articolo 37, comma 11, restano ferme le disposizioni ivi previste. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, conforme all'allegato IX A, punto quinto (avviso relativo agli appalti aggiudicati), contiene l'indicazione dei soggetti invitati ed è trasmesso per la pubblicazione, secondo le modalità di cui ai commi 3 e 5 del presente articolo, entro dieci giorni dalla data dell'aggiudicazione definitiva; non si applica l'articolo 65, comma 1."*

Inoltre, tra le modifiche di interesse in relazione ai temi trattati, si evidenzia l'innalzamento della soglia per l'affidamento tramite procedura negoziata dei lavori sui beni culturali, l'intervento sul regime generale della procedura negoziata di cui agli articoli 56 e 57 del Codice, l'innalzamento della soglia per l'affidamento diretto dei contratti di servizi e forniture.

Il presente documento ha come obiettivo quello di aggiornare le indicazioni operative fornite dall'Autorità nella determinazione n. 2 del 2011 alla luce del mutato quadro normativo introdotto dal d.l. n. 70/11.

1. Gli appalti di lavori pubblici di importo inferiore ad un milione di euro

1.1 Il limite di importo

Tra le innovazioni più significative inserite dal d.l. n. 70/2011, si segnala l'innalzamento della soglia per l'affidamento, mediante procedura negoziata senza bando, di appalti di lavori pubblici, soglia precedentemente fissata nella misura di 500.000 euro dal comma 7-*bis* dell'art. 122 del Codice.

In realtà l'art. 4, comma 2, lett. 1) del d.l. n. 70/2011, come modificato dalla legge di conversione, non si è limitato ad effettuare solo un'elevazione della soglia previgente, ma ha riformulato interamente il comma 7 dell'art. 122, abrogando contestualmente il comma 7-*bis*, introdotto dal decreto-legge 23 ottobre 2008, n. 162, come emendato dalla legge n. 201/2008.

Lo scopo della novella va ricercato nell'esigenza di semplificare le procedure di affidamento dei contratti pubblici, come espressamente indicato nel primo comma del citato art. 4 del d.l. n. 70/2011; a riguardo si precisa che la stessa finalità emerge dalla lettura della Relazione di accompagnamento allo schema di decreto-legge, ove si dice: *“Per semplificare le procedure di affidamento dei contratti di importo di modesta entità, si aumenta da 500.000 euro ad un milione di euro la soglia entro la quale è consentito affidare i lavori con la procedura negoziata senza bando a cura del responsabile del procedimento (art. 122 del codice). L'elevazione dell'importo è bilanciata, per garantire la massima concorrenzialità della procedura, con l'aumento del numero minimo dei soggetti che devono essere obbligatoriamente invitati (almeno 10 per i lavori di importo superiore a 500.000, almeno 5 per i lavori di importo inferiore)”*. Ed ancora *“L'attuale fase di crisi economica rende indispensabile*

l'adozione di misure di semplificazione ed accelerazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici in modo da consentire, da un lato, una rapida cantierizzazione degli interventi infrastrutturali e, dall'altro, una riduzione dell'enorme mole di contenzioso esistente in materia. La costruzione delle opere pubbliche, infatti, rappresenta un importantissimo "motore" per lo sviluppo del Paese, soprattutto se si tratta di opere di interesse strategico (legge obiettivo)".

Si ricorda che l'importo complessivo dell'appalto è quello quantificato al netto dell'Iva e comprensivo degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

Occorre, inoltre, porre attenzione a violazioni del divieto di artificioso frazionamento, come affermato dal comma 4 dell'art. 29 del Codice: *"Nessun progetto d'opera né alcun progetto di acquisto volto ad ottenere un certo quantitativo di forniture o di servizi può essere frazionato al fine di escluderlo dall'osservanza delle norme che troverebbero applicazione se il frazionamento non vi fosse stato"*.

Si specifica, a riguardo, che la violazione del divieto di artificioso frazionamento, secondo quanto affermato da un recente orientamento della magistratura contabile, costituisce un indice sintomatico del c.d. "danno alla concorrenza" (cfr., Corte dei conti, sez. giur. Abruzzo, sentenza n. 23 del 20 gennaio 2011).

1.2 Gli operatori economici da invitare

La nuova formulazione del comma 7 dell'art. 122 del Codice stabilisce un collegamento diretto tra l'importo del contratto da affidare con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara ed il numero di operatori che l'amministrazione procedente deve invitare:

- a) per lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro ed inferiore ad un milione di euro, l'invito va rivolto ad almeno dieci soggetti;
- b) per lavori di importo inferiore a 500.000 euro, l'invito va rivolto ad almeno cinque soggetti.

Il numero minimo è riferito alle imprese da invitare e non alle offerte presentate in gara.

La disposizione istituisce un regime derogatorio rispetto alla fattispecie disciplinata dal comma 6 dell'art. 57 del Codice in ordine al numero minimo di soggetti economici da invitare: il comma 6 dell'art. 57 considera sufficiente coinvolgere tre operatori mentre il comma 7 dell'art. 122 ne richiede almeno cinque o dieci, a seconda del valore della commessa. Inoltre, la novella ha esteso anche ad

importi inferiori a 100.000 euro l'obbligo di invitare almeno cinque imprese e, di conseguenza, lo svolgimento della gara ufficiosa, infatti il nuovo testo dell'art. 122 non fa più riferimento solo alle procedure negoziate il cui valore sia stimato tra 100.000 e 500.000 euro, ma ricomprende, in maniera più ampia rispetto a quanto previsto dall'abrogato comma 7-*bis* dell'art. 122, tutte le procedure di importo inferiore ai 500.000 euro.

Per quanto concerne le modalità da seguire per l'individuazione degli operatori economici ed il significato da attribuire all'espressione "indagine di mercato" e "gara informale", di cui al comma 6 dell'art. 57 del Codice, richiamato anche nel nuovo testo del comma 7 dell'art. 122 del Codice, si rimanda alle considerazioni svolte nella determinazione n. 2 del 2011 che rimangono valide.

Si ricorda, poi, che le prescrizioni contenute nell'art. 122, comma 7, sul numero degli operatori economici da invitare, si riferiscono al numero minimo, pertanto la stazione appaltante può decidere di invitare più operatori rispetto a quanto indicato dal legislatore; tale scelta comporta degli effetti diretti sulla speditezza e sulla semplificazione della procedura di affidamento attraverso, ad esempio, l'applicazione del meccanismo dell'esclusione automatica in caso di offerta anomala. In base al dettato del comma 9 dell'art. 122 del Codice, la stazione appaltante, per lavori d'importo inferiore o pari a 1 milione di euro, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia; la menzionata facoltà di esclusione automatica non è esercitabile in presenza di un numero di offerte ammesse inferiore a dieci. Pertanto, nell'ipotesi di affidamento di lavori di importo inferiore a 500.000 euro con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, è legittimo invitare solo cinque imprese, in questo caso però, ove si riscontrassero offerte anomale, la stazione appaltante non potrebbe procedere con l'esclusione automatica, ma dovrebbe seguire il sistema più complesso di richiesta di giustificazioni stabilito dall'art. 87 del Codice. Qualora la stazione appaltante ravvisi l'opportunità di applicare l'esclusione automatica, deve invitare un numero di operatori economici sufficiente a garantire l'applicabilità del comma 9 dell'art. 122, che prende in considerazione il caso in cui ci siano ammesse dieci offerte, circostanza che può differire dal caso in cui siano invitati dieci soggetti, specificando nell'eventuale avviso o nella lettera di invito l'applicazione di tale comma. Quindi, è necessario rivolgere l'invito ad un numero superiore di imprese

rispetto a quello minimo previsto dal legislatore, al fine di cautelarsi dal rischio che qualcuna non presenti offerta o la presenti in modo scorretto. Per inciso, si rammenta che l'art. 4, comma 2, lettera ll) del d.l. n. 70/2011, come modificato dalla legge n. 106/2011, ha introdotto all'articolo 253 il comma 20-*bis*, secondo il quale le stazioni appaltanti fino al 31 dicembre 2013 possono applicare l'esclusione automatica delle offerte anomale per appalti di importo compreso entro le soglie comunitarie.

Per completezza, si ricorda che l'art. 121, comma 8, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, (di seguito Regolamento), dispone che per i contratti di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, di importo pari o inferiore alla soglia di cui all'art. 122, comma 9, del Codice, qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci, non si procede all'esclusione automatica delle offerte, pur se prevista nel bando, ed alla determinazione della soglia di anomalia; il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento ai fini dell'eventuale verifica di congruità di cui all'articolo 86, comma 3 del Codice. Allo stesso modo, (art. 121, comma 7 del Regolamento) nel caso in cui le offerte ammesse siano inferiori a cinque, non si procede alla determinazione della soglia di anomalia, ma all'eventuale verifica di congruità.

1.3 I principi comunitari: in particolare la pubblicità

Il novellato comma 7 dell'art. 122, del Codice, nel disciplinare lo svolgimento della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, per i lavori di importo inferiore ad un milione, contiene espressamente il riferimento alla necessità di rispettare i principi di "*non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza*", pertanto anche nella nuova formulazione del comma 7 manca il richiamo diretto al principio di rotazione, tuttavia l'operatività dello stesso si deduce dalla citazione del comma 6 dell'art. 57 del Codice in cui è presente l'indicazione del principio di rotazione, insieme a quello di trasparenza e concorrenza.

Per quanto concerne l'analisi dei predetti principi ci si riporta alle osservazioni svolte in argomento nella determinazione n. 2 del 2011; in questa sede si considera opportuno effettuare alcune riflessioni sulla pubblicità. Quest'ultima, com'è noto, viene considerata un'esplicitazione del canone di trasparenza senza la quale sarebbe difficoltoso sia realizzare il controllo *ex post* della regolarità dell'azione amministrativa sia garantire concretezza ed effettività al principio di concorrenza. Il

legislatore non ha previsto per le stazioni appaltanti l'obbligo di adottare necessariamente forme di pubblicità preventiva nella procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, tuttavia ogni decisione a riguardo deve essere parametrata in funzione della tipologia di appalto e dell'ammontare dell'importo, come già evidenziato nella citata determinazione n. 2 del 2011.

Per quanto riguarda, invece, gli avvisi di post-informazione occorre registrare le significative novità introdotte in argomento dal nuovo testo del comma 7 dell'art. 122 del Codice, secondo cui: *"L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, conforme all'allegato IX A, punto quinto (avviso relativo agli appalti aggiudicati), contiene l'indicazione dei soggetti invitati ed è trasmesso per la pubblicazione, secondo le modalità di cui ai commi 3 e 5 del presente articolo, entro dieci giorni dalla data dell'aggiudicazione definitiva; non si applica l'articolo 65, comma 1."*

Pertanto, la nuova disciplina comporta che:

- per appalti di qualsiasi importo è obbligatoria la post-informazione;
- è necessario utilizzare lo schema dell'avviso di post-informazione definito al punto 5 dell'allegato IX A;
- l'avviso deve contenere l'elenco dei soggetti invitati;
- l'avviso deve essere trasmesso per la pubblicazione entro dieci giorni dall'aggiudicazione definitiva; la pubblicazione deve svolgersi secondo le modalità indicate dall'articolo 122, commi 3 e 5, vale a dire che l'avviso sui risultati della procedura di affidamento va pubblicato sul profilo di committente, ove istituito, e sui siti informatici del Ministero delle infrastrutture, di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, n. 20, e sul sito informatico presso l'Osservatorio; inoltre, gli avvisi concernenti i contratti di importo pari o superiore a cinquecentomila euro devono essere pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana – serie speciale – relativa ai contratti pubblici, sul «profilo di committente» della stazione appaltante, e, non oltre due giorni lavorativi dopo, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, n. 20 e sul sito informatico presso l'Osservatorio, con l'indicazione degli estremi di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Gli avvisi sono altresì pubblicati, non oltre cinque giorni lavorativi dopo la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, per

estratto, a scelta della stazione appaltante, su almeno uno dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno uno dei quotidiani a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i lavori. Gli avvisi relativi a contratti di importo inferiore a cinquecentomila euro sono pubblicati nell'albo pretorio del comune ove si eseguono i lavori e nell'albo della stazione appaltante.

Tale previsione sulle modalità di pubblicazione dell'avviso sugli appalti aggiudicati è, quindi, speciale e prevalente su quella generale dell'art. 65, comma 1, del Codice; in ogni caso viene espressamente precisato che *“non si applica l'articolo 65, comma 1”*. Il termine di dieci giorni decorre dalla data dell'aggiudicazione definitiva.

Ricapitolando, sulla base di quanto disposto dal comma 5 dell'art. 122, deve dunque ritenersi che:

- a) per gli appalti di importo inferiore a 500.000 euro è sufficiente, oltre ai siti informatici sopra citati, la pubblicazione dell'avviso di post-informazione all'albo pretorio;
- b) per gli appalti di importo pari o superiore a 500.000 ed inferiore ad un milione di euro, è richiesta, invece, la pubblicazione dell'avviso di post-informazione sulla Gazzetta Ufficiale, e, per estratto, a scelta della stazione appaltante, su almeno uno dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno uno dei quotidiani a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i lavori.

Tali prescrizioni non trovano applicazione nei confronti dell'avviso preventivo che rimane eventuale, in relazione all'importo ed all'oggetto dell'appalto; sul punto si richiamano le indicazioni già fornite dall'Autorità nella citata determinazione n. 2/2011. Viene, quindi, meno la simmetria tra pubblicità preventiva e pubblicità *ex post*.

Per quanto riguarda, nello specifico, la pubblicazione sui siti informatici, ci si riporta alle prescrizioni contenute nel D.P.C.M. 26 aprile 2011, recentemente pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale 1 agosto 2011, n. 177; inoltre si richiamano le disposizioni dell'articolo 32 della legge 18 giugno 2009, n. 69.

1.4 Subappalto e subcontratto

Le previsioni esaminate nei paragrafi precedenti sono in vigore dal 14 maggio 2011 (tutte le modifiche all'art. 122, comma 7, e la soppressione del comma 7-bis si applicano solo alle procedure i cui inviti siano stati diramati dopo il 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del d.l. n. 70/2011, ai sensi dell'articolo 4, comma 3, del citato decreto. La legge di conversione ha poi aggiunto, sempre nell'art.

122, comma 7, del Codice, un'ulteriore previsione secondo cui i lavori affidati con procedura negoziata ai sensi del comma 7, relativi alla categoria prevalente, sono affidabili a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20 per cento dell'importo della medesima categoria; per le categorie specialistiche, di cui all'art. 37, comma 11, del Codice, restano ferme le disposizioni ivi previste. Tale disposizione è, quindi, in vigore dal 13 luglio 2011, essendo stata introdotta dalla legge di conversione. La disposizione in commento introduce un limite alla possibilità di subappaltare le lavorazioni comprese nella categoria prevalente, limite maggiore e speciale rispetto a quello generale fissato dall'art. 170 del Regolamento, relativo al 30 per cento della categoria prevalente. Pertanto, solo per il caso in cui si utilizzi la procedura negoziata senza bando di gara, il legislatore ha circoscritto al 20 per cento della categoria prevalente la possibilità per l'impresa esecutrice di affidare, a sua volta, l'esecuzione ad un soggetto ulteriore.

Per quanto riguarda le categorie scorporabili di tipo specialistico, individuate dall'art. 107, comma 2, del Regolamento, si applica quanto previsto dall'art. 37, comma 11, del Codice. Ciò significa che nel caso siano presenti tali categorie di importo singolarmente superiore al 15 per cento dell'importo dell'appalto, le stesse possono essere subappaltate nei limiti del 30 per cento. Le altre categorie scorporabili e subappaltabili possono essere integralmente subappaltate.

Per quanto concerne gli appalti di importo pari o inferiore a euro 150.000, agli stessi non si applicano le disposizioni in materia di categorie generali e specializzate, di categorie a qualificazione obbligatoria, di categorie a qualificazione non obbligatoria, di divieto di subappalto e, di conseguenza, di obbligo di prevedere nei bandi di gara le categorie scorporabili. Ciò in quanto gli appalti non sono soggetti alle disposizioni sul sistema unico di qualificazione. Le stazioni appaltanti, nella predisposizione dei bandi di gara relativi ad appalti di lavori di importo inferiore a 150.000 euro, riportano l'indicazione delle categorie, ai soli fini dell'individuazione del rapporto di analogia tra i lavori eseguiti dal concorrente e quelli da affidare. In questi casi, pertanto, i concorrenti (soggetti singoli o associazioni orizzontali) partecipano alle relative gare se in possesso degli speciali requisiti previsti dalle norme (articolo 90 del Regolamento); rimane, quindi, fermo che gli aggiudicatari possono eseguire direttamente tutte le lavorazioni previste nell'appalto ed hanno la facoltà di subappaltarne il 30 per cento (cfr. determinazione n. 25 del 2001).

1.5 L'obbligo di motivazione per il ricorso alla procedura negoziata ex art. 122, comma 7, Codice

La questione concernente la necessità o meno di motivare nello specifico il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara era già dibattuta in dottrina e giurisprudenza prima della novella introdotta dal d.l. n. 70/2011; il problema ha adesso assunto ulteriore pregnanza visto che il legislatore ha scelto di estendere la possibilità per le stazioni appaltanti di avvalersi dello strumento della negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara fino a contratti di importo inferiore ad un milione di euro, mentre la formulazione originaria del comma 7 dell'art. 122 del Codice ammetteva tale facoltà solo per commesse il cui valore non superasse quello di 100.000 euro.

A riguardo si ribadisce quanto già specificato nella determinazione n. 2 del 2011 sulla necessaria sottoposizione delle norme di cui all'art. 122 del Codice ai principi generali del diritto amministrativo da cui discende a sua volta l'obbligo per la stazione appaltante di fornire, nella delibera a contrarre, una spiegazione delle ragioni che l'hanno indotta ad optare per l'adozione della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara atteso che il Codice, nell'art. 122, è formulato in modo da consentire all'amministrazione di effettuare una scelta in tal senso, ma non esprime in alcun modo un obbligo.

Parimenti risulta chiaro che la motivazione non deve far riferimento alla sussistenza delle circostanze esplicitate dal legislatore negli articoli 56 e 57 del Codice perché altrimenti si scadrebbe nella superflua ripetizione di quanto già valutato dal legislatore al fine di consentire il ricorso alla negoziata.

2 Affidamenti diretti

L'art. 4, comma 2, lett. m-*bis* del d.l. n. 70/2011, come convertito dalla legge n. 106/2011, ha innalzato la soglia prevista dal Codice all'art. 125, comma 11, relativa alla possibilità per il responsabile del procedimento di affidare direttamente appalti di servizi e forniture il cui importo risulti inferiore a 40.000 euro; prima dell'intervento del legislatore tale facoltà poteva esercitarsi per l'affidamento di commesse di importo inferiore a 20.000 euro.

L'art. 267 del Regolamento disciplina gli affidamenti dei servizi di importo inferiore a 100.000 euro; più nello specifico, il comma 10 del citato articolo, a seguito della novella apportata dall'art. 4, comma 15, lett. b-*bis*), d.l. n. 70/2011, dispone attualmente che *“I servizi di cui all'articolo 252 il cui*

corrispettivo complessivo stimato, determinato secondo quanto stabilito dall'articolo 262, sia inferiore a 20.000 euro possono essere affidati secondo quanto previsto dall'articolo 125, comma 11, del codice, nel rispetto dell'articolo 125, comma 10, primo periodo”.

Quanto richiamato rende evidente il mancato coordinamento delle norme del Codice con quelle del Regolamento, su cui si auspica un intervento del legislatore. Nelle more, in applicazione dei principi generali che disciplinano i rapporti tra fonti normative diverse, si ritiene che a seguito di una modifica della disciplina introdotta dal Codice, le correlate disposizioni di livello regolamentare, come quelle del d.P.R. n. 207/2010, aventi carattere esecutivo ed attuativo e non anche delegificante, devono interpretarsi in senso conforme a quanto previsto dalla fonte sovraordinata. Pertanto, il valore della soglia di cui all'art. 267, comma 10, del Regolamento deve essere raccordato con quello indicato nell'art. 125, comma 11, ultimo periodo, del Codice (cfr. sul punto Parere sulla normativa AVCP del 16 novembre 2011).

3 Le modifiche alla procedura negoziata ex artt. 56 e 57 del Codice

Il legislatore è intervenuto anche sul regime generale della procedura negoziata di cui agli articoli 56 e 57 del Codice; a riguardo si segnala che le lettere *f)* e *g)* del comma 2, art. 4, d.l. n. 70/2011, come modificato dalla legge di conversione, hanno soppresso il limite di un milione di euro prima previsto per gli appalti di lavori in relazione al ricorso, rispettivamente:

a) alla procedura negoziata previa pubblicazione di bando di cui all'art. 56, comma 1, lett. 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”;

b) alla procedura senza previa pubblicazione di bando di cui all'art. 57, comma 2, lett. 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”.

Dunque, in entrambi i casi, è ora ammessa la procedura negoziata anche per appalti di lavori di importo superiore ad un milione di euro.

L'art. 56 del Codice, in conformità all'articolo 30 della direttiva 2004/18/CE, disciplina la peculiare fattispecie rappresentata dalla procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara.

Sotto il profilo procedimentale va osservato che, diversamente dalle direttive precedenti, che si limitavano a disciplinare i casi in cui era ammessa la procedura negoziata, senza nulla dire sulle relative modalità di svolgimento, la direttiva 2004/18/CE introduce talune regole sui criteri di selezione delle offerte, volte a garantire la *par condicio* dei concorrenti.

Il Codice ha recepito gli indirizzi della direttiva comunitaria nei commi 2 e 3 dell'art. 56.

Dunque, la complessiva sequenza procedimentale della negoziata previo bando può essere così riassunta:

- a) Pubblicazione del bando, contenente gli elementi essenziali del contratto che si intende aggiudicare e stipulare.
- b) Richieste di invito avanzate dalle imprese interessate alla stazione appaltante.
- c) Inoltro degli inviti alle imprese da parte della stazione appaltante.
- d) Presentazione delle offerte.
- e) Aggiudicazione mediante applicazione del criterio previsto nel bando.

Si sottolinea che nella procedura negoziata a seguito di gara deserta o di offerte irregolari 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 medesima¹.

¹ Cfr. Cons. Stato n. 1090 del 22 febbraio 2011 secondo cui “Deve poi ricordarsi che il ricordato comma 1, lett. a), dell'articolo 56 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, consente che la stazione appaltante possa espletare la procedura negoziata omettendo addirittura la pubblicazione del bando di gara, se inviti alla stessa tutti i concorrenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 34 a 45 che nelle precedente procedura avevano presentato offerte corrispondenti ai requisiti formali della procedura medesima. Si tratta di un'ulteriore “semplificazione” prevista dal legislatore sempre al fine di garantire efficacia, efficienza, rapidità ed economicità all'azione amministrativa, semplificazione ritenuta adeguata e proporzionata anche per il rispetto dei principi della più ampia partecipazione alla gara, di parità di trattamento e di trasparenza, assicurati propri dalla ammissione alla procedura di quei candidati che avevano presentato nella precedente gara offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura, purchè in possesso dei requisiti generali stabiliti dagli articoli da 34 a 45 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.”

L'art. 57 del Codice, in conformità all'art. 31 della direttiva 2004/18/CE, disciplina la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara. Tra le ipotesi in cui è consentito ricorrere alla negoziata senza previa pubblicazione del bando si ricorda quella prevista dal comma 2, lett. a, dell'art. 57 che fa riferimento al caso in cui *"in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura"*. E' importante distinguere questa ipotesi da quella disciplinata all'art. 56, comma 1, lett. a) poiché in questo ultimo caso (articolo 57) è consentito non pubblicare il bando di gara. L'Autorità ha già precisato che presupposto di applicabilità dell'art. 56, lett. a) è che vi siano state offerte presentate in gara ma che tutte siano state irregolari o inammissibili, avuto riguardo, rispettivamente, ai requisiti prescritti per le offerte (requisiti di forma e di validità delle stesse, posti a tutela della *par condicio* dei concorrenti) e per gli offerenti; presupposto di applicabilità, invece, dell'art. 57, comma 2, lett. a) (procedura negoziata senza bando), è che non sia stata presentata alcuna offerta o che tutte le offerte presentate siano state giudicate inappropriate, intendendosi per tali le offerte formalmente valide ma irrilevanti sul piano economico, assimilate dal legislatore alle offerte non presentate.²

La procedura di cui all'art. 57 del Codice presenta due precisi caratteri: è facoltativa, come quella dell'art. 56, ed è assoggettata ad un minimo di regole procedurali (obbligo di motivazione, rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione). Si sottolinea che il comma 1, dell'art. 57 prevede che le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, *"dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre"*. Dunque, un'espressa richiesta di motivazione, che manca, invece, nella regolamentazione della negoziata previo bando.

Inoltre, sono previste le garanzie procedurali del comma 6, dell'articolo 57 (per la procedura, si rinvia alla determinazione n. 2 del 2011).

4 La procedura negoziata per i lavori sui beni culturali

² Cfr. deliberazione AVCP n. 7 del 28/01/2009

L'art. 4, comma 2, lett. dd), del d.l. n. 70/2011, come convertito dalla legge n. 106/2011 ha innalzato la soglia per poter procedere all'affidamento, tramite procedura negoziata, dei lavori sui beni culturali, il nuovo testo dell'art. 204 del Codice è il seguente: *“L'affidamento con procedura negoziata dei lavori di cui all'articolo 198, oltre che nei casi previsti dagli articoli 56 e 57, e dall'articolo 122, comma 7, è ammesso per lavori di importo complessivo non superiore a un milione di euro, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità, e trasparenza, previa gara informale cui sono invitati almeno quindici concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati. La lettera di invito è trasmessa all'Osservatorio che ne dà pubblicità sul proprio sito informatico di cui all'articolo 66, comma 7; dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, l'elenco degli operatori invitati è trasmesso all'Osservatorio. Si applica l'articolo 122, comma 7, secondo e terzo periodo.”*

Come risulta chiaro dalla lettura dell'art. 204, il legislatore ha esteso la soglia per il ricorso alla procedura negoziata ai lavori di importo complessivo non superiore ad un milione di euro; prima della novella, l'art. 204 del Codice faceva riferimento ai lavori di importo non superiore a cinquecentomila euro.

La procedura stabilita per l'affidamento dei lavori di cui all'art. 204, comma 1, del Codice prevede, rispetto a quella generale di cui al comma 7 dell'art. 122:

- a) l'invito ad un numero minimo di almeno quindici concorrenti se sussistono in tal numero soggetti qualificati;
- b) la trasmissione della lettera di invito all'Osservatorio, che ne dà pubblicità sul proprio sito informatico;
- c) la trasmissione dell'elenco degli operatori invitati all'Osservatorio dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Inoltre, si applicano il secondo ed il terzo periodo dell'art. 122, comma 7: si tratta dei limiti al subappalto e dell'obbligo di post-informazione, per i quali valgono le considerazioni effettuate nei precedenti paragrafi.

Sulla base di quanto sopra considerato

IL CONSIGLIO

Adotta la presente determinazione.

Il Relatore
Piero Calandra

Il Presidente f.f.
Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 22 dicembre 2011

Il Segretario: Maria Esposito