

I LIMITI AL RICORSO DELLA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DEL BANDO DI GARA IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI: QUESTIONI GIURIDICHE SOTTESI.

Dott.ssa Ilaria Cartigliano

*Specializzata presso la Scuola di Specializzazione
per le Professioni Legali dell'Università degli Studi
di Roma Tor Vergata.*

1. La procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara: la disciplina in genere.

Nel vigente assetto normativo l'affidamento degli appalti pubblici deve realizzarsi nel rispetto dei principi comunitari e nazionali di trasparenza, *par condicio* e libera concorrenza. Pertanto, il ricorso alla procedura negoziata, essendo un'evidente deroga alla regole ordinarie dell'evidenza pubblica, costituisce un'ipotesi di carattere necessariamente eccezionale.

In prima analisi, può affermarsi che la procedura negoziata (ex "trattativa privata" nella normativa antecedente al D.lgs 163/2006) costituisce una delle modalità attraverso le quali l'Amministrazione appaltante negozia le condizioni del contratto con un solo operatore economico, senza essere vincolata all'osservanza di particolari regole procedurali. In particolare, tale schema di selezione del miglior contraente pur presentando degli indiscussi vantaggi, tra cui il rapporto diretto con i candidati e la celerità della selezione, finisce con il prospettare la possibilità di lesione dei principi che governano le procedure di gara. Il Codice dei contratti in linea con la direttiva 2004/18 ha regolato la procedura negoziata articolandola in due moduli: quella di cui all'art. 56, dove si prevede, prima dell'inizio della trattativa, l'obbligo dell'Amministrazione di dare adeguata pubblicità della stessa mediante pubblicazione del bando di gara; e quella di cui all'art. 57, ove detto adempimento preliminare non è previsto.

A norma del secondo comma dell'art. 57 la procedura negoziata senza bando di gara è ammessa, per i contratti relativi a lavori, forniture e servizi qualora in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata alcuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura (art. 57, co. 2, lett. a); quando 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 (art. 57 co. 2, lett. b); 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 del bando di gara.

Dal testo della legge si evince, pertanto, che la scelta della procedura negoziata senza pubblicazione del bando rappresenta una fattispecie del tutto eccezionale che impone alla Pubblica Amministrazione, che intende aderirvi, un certo rigore nella determinazione delle motivazioni, che oltre ad essere esposte con chiarezza nei documenti di gara, devono essere dalla Pubblica Amministrazione stessa dimostrate nella loro effettiva sussistenza.

La giurisprudenza in numerose pronunce ha, infatti, ritenuto che la stazione appaltante deve effettuare ai fini di un legittimo ricorso alla procedura negoziata una attenta valutazione in merito ai requisiti di unicità della prestazione. In altri termini, *“devono sussistere oggettivi motivi di natura tecnica che non consentano l’apertura dell’appalto ad un confronto concorrenziale e che impongono la così detta trattativa con un unico operatore economico”*¹ e deve essere altresì dimostrata, con una preventiva indagine di mercato, anche europea, l’esistenza oggettiva del solo operatore economico individuato.

Si richiede da parte della stazione appaltante la chiara individuazione delle ragioni di carattere tecnico che rendono il bene o il servizio richiesto, unico sul mercato e idoneo per il corretto soddisfacimento del bisogno che essa intende perseguire; nonché la determinazione del solo operatore economico presente sul mercato in grado di soddisfare le esigenze richieste.

Il comma 3 dell’art. 57 disciplina, poi, ulteriori ipotesi di ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando. In particolare si tratta dei casi in cui *“i prodotti oggetto del contratto sono fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione o 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”*; e *“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”*. La fattispecie in esame si riferisce al caso in cui l’amministrazione decida di ricorrere al fornitore originario per l’acquisizione di una ulteriore commessa, con lo scopo di evitare, ad esempio, la fornitura di un’attrezzatura o di un mezzo di caratteristiche difformi dalla precedente. Appare, dunque necessario, ai fini dell’applicazione della norma, che sussista un’omogeneità dei beni oggetto della consegna e/ o fornitura. Lo stesso legislatore, infatti, prevede che il ricorso al fornitore originario ha il fine ultimo di evitare che le amministrazioni acquistino beni e materiali tecnicamente differenti rispetto all’oggetto dell’appalto originario che potrebbero determinare eccessive difficoltà tecniche.

Infine, si evidenzia che il comma 5 dell’art. 57 prevede che la procedura negoziata è consentita: *“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”*. Il ricorso a tale ipotesi è possibile nel rispetto di alcune condizioni e precisamente i lavori o servizi complementari non possono essere separati sotto il profilo tecnico o economico dal contratto principale senza recare danni o gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero, pur essendo separabili dall’esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento; in ogni caso il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per servizi o lavori complementari non deve superiore al 50% dell’importo del contratto originario. Alla luce di ciò, appare doveroso specificare che per lavori complementari devono

¹ Cfr TAR Veneto, Sez. I, 4, ottobre 2010, n. 5267

intendersi i lavori aventi natura extra-contrattuale, o meglio quei lavori che, di fatto, costituiscono opere ulteriori rispetto a quelle originariamente previste in contratto, ma che risultano indispensabili per la completezza tecnica e funzionale dell'opera nel suo complesso. Di conseguenza risulta agevole distinguere i lavori complementari dall'ipotesi in cui, nel corso dell'esecuzione, emerge la necessità di realizzare maggiori opere, aventi carattere contrattuale. In questo caso, si ricade, infatti, nell'istituto della variante in corso d'opera, trattandosi di maggiori lavori necessari a realizzare l'oggetto contrattuale come originariamente previsto. La stessa giurisprudenza è intervenuta in merito, in modo da chiarire che per "complementari" devono intendersi soltanto quelle opere che da un punto di vista tecnico – costruttivo rappresentano una integrazione dell'opera principale. *"Nel concetto di lavori complementari e aggiuntivi - che vanno aggiudicati ex novo, ancorché con trattativa privata al medesimo appaltatore, ricorrendone i presupposti - rientrano tutte quelle opere nuove che, pur avendo una qualche relazione o connessione con l'opera principale, non sono indispensabili alla completa e migliore esecuzione di questa, ma costituiscono opere aventi una propria individualità distinta da quella dell'opera originaria"*². Con riguardo, poi, alla nozione di servizi complementari, valgono le medesime considerazioni svolte per i lavori in relazione alle condizioni ed ai limiti per il ricorso a tale ipotesi di procedura negoziata.

Volendo infine esaminare le ipotesi di ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, previste dal Codice per i contratti sotto soglia, si osserva che, nel settore dei lavori, è ammissibile, in linea generale, la procedura in esame nei seguenti casi di: lavori di importo inferiore a 100.000 euro (art. 122, comma 7); lavori di importo pari o superiore a 100.000 euro ed inferiore a 500.000 euro, secondo la procedura prevista dall'art. 57, comma 6 (art. 122, comma 7-bis); lavori relativi ad opere di urbanizzazione primaria e secondaria (art. 32, comma 1, lettera g) di importo inferiore alla soglia comunitaria (art. 122, comma 8); lavori di importo complessivo non superiore a 500.000 euro concernenti i beni mobili e immobili e interventi sugli elementi architettonici e sulle superfici decorate di beni del patrimonio culturale (art. 204, comma 1). Invece, per gli appalti di servizi e forniture è sempre prescritto il rispetto delle condizioni comunitarie di cui agli articoli 56 e 57 del Codice, fatte salve le semplificazioni previste dall'articolo 124, in relazione alle forme di pubblicità ed ai termini per l'invio delle offerte.

2. La disciplina sulla privazione degli effetti del contratto in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

La direttiva comunitaria 2007/66/CE, modificando le direttive 89/665/CEE e 92/12/CEE sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, ha inteso migliorare l'efficacia di tali procedure in modo da garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie. Di evidente interesse si rilevano le disposizioni

² TAR Campania Napoli, Sez. I, 2 agosto 1996, n. 350.

relative alle sorti dei contratti stipulati all'esito di un'illegittima procedura di affidamento. La direttiva ha stabilito il principio della sospensione automatica della possibilità di stipulare il contratto di appalto, qualora il provvedimento di aggiudicazione sia stato previamente impugnato presso l'autorità giurisdizionale in primo grado o, comunque, presso un organismo indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice. Agli Stati membri viene, tuttavia, lasciata la scelta di stabilire se la sospensione debba cessare quando sia stata adottata una decisione in ordine alla domanda di provvedimenti cautelari, ovvero se permanga sino alla decisione nel merito e comunque, non prima dello scadere del termine minimo di pausa, che decorre dalla notifica del provvedimento di aggiudicazione della gara ai controinteressati. Il termine sospensivo minimo (c.d. *standstill period*) comporta che la stipula del contratto di appalto prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni, che decorre dal giorno successivo alla data, in cui la decisione relativa all'aggiudicazione della gara, debitamente motivata, sia stata inviata agli offerenti interessati, non è possibile. Nel caso in cui, invece, la comunicazione sia avvenuta con altri mezzi di comunicazione, il termine sospensivo è pari ad almeno quindici giorni, con decorrenza dal giorno successivo dall'invio della stessa ai soggetti interessati, ovvero ad almeno dieci giorni dal giorno successivo alla data della sua ricezione da parte dei medesimi. La *ratio* di suddetto termine è stata quella permettere ai soggetti interessati di analizzare la decisione di aggiudicazione entro un congruo lasso di tempo, così da poter valutare un'eventuale proposizione di un ricorso, impedendo all'Amministrazione di procedere alla stipula del contratto. L'istituto potrebbe, tuttavia, sembrare privo di particolare interesse nel nostro ordinamento, in quanto, ai sensi dell'articolo 11, comma 10, del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs n. 163/2006), è previsto il più ampio termine dilatorio di trenta giorni. Ad ogni modo, va segnalata la portata innovativa dell'istituto comunitario, poiché, mentre il nostro termine decorre dalla mera comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, l'onere previsto dalla Direttiva comunitaria risulta più complesso. Infatti, ai sensi dell'articolo 2-bis, par. 2, comma 4, la comunicazione della decisione di aggiudicazione ad ogni offerente e candidato interessato deve essere accompagnata oltre che dalla precisa indicazione del termine sospensivo ai fini della stipulazione del contratto, anche da una "*relazione sintetica dei motivi pertinenti*", ai sensi dell'articolo 41, par. 2, della Direttiva 04/18/CE. In altre parole, si tratta di una relazione, in cui viene segnalato per ogni candidato escluso, i motivi del rigetto della sua candidatura o della sua offerta, nonché, per ogni offerente, che abbia presentato un'offerta valutabile, le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata. Il termine del *dies a quo* si differenzia, poi, dalla disciplina nazionale, anche per i casi in cui è possibile derogarvi. Infatti, mentre l'articolo 11, comma 10 parla soltanto di "*motivate ragioni di particolare urgenza*", ben diversa è la disciplina comunitaria all'articolo 2-ter che consente di derogare a tale facoltà solo se normativamente disciplinata dallo Stato membro e con riferimento ai casi di appalti, per i quali non è imposta la previa pubblicazione del bando, ovvero di appalti aggiudicati in base ad un accordo quadro o ad un sistema dinamico di acquisizione. Ne discende che le "*motivate ragioni di particolare urgenza*" potranno, se del caso, avere rilievo solo all'interno delle specifiche fattispecie ora richiamate, non potendo più valere come causa di non applicazione del termine sospensivo, utilizzabile nella generalità delle procedure di gara.

Il nuovo art. 2 quinquies delle dir. n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE) prevede che, qualora la stazione appaltante stipuli il contratto in violazione del c.d. *standstill period*, oppure in violazione della c.d. sospensione

automatica in caso di preventivo ricorso, il contratto è da considerarsi privo di effetti. Analoga conclusione è sancita nel caso di appalti, per i quali non opera la deroga al c.d. *standstill period*, prevista per gli appalti in esecuzione di un accordo-quadro o di un sistema dinamico di acquisizione. La privazione di effetti si verifica anche quando l'amministrazione ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, in assenza dei presupposti previsti per tale ipotesi dalle direttive nn. 2004/18/CE e 2004/17/CE. Tale sanzione, tuttavia, è esclusa nel caso in cui la stazione appaltante, sul presupposto che l'aggiudicazione diretta dell'appalto fosse consentita dalle direttive, ha proceduto alla pubblicazione di un avviso volontario sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, in cui palesa la sua intenzione di concludere il contratto e quest'ultimo è stato concluso dopo almeno dieci giorni dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso stesso. La privazione di effetti del contratto, peraltro, non opera automaticamente, potendo essere disposta unicamente da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice. Per quel che concerne la disciplina delle conseguenze di un contratto privo di effetto si rinvia alla legislazione nazionale. In particolare, agli Stati membri è data facoltà di scegliere se prevedere la soppressione con effetto retroattivo, di tutti gli obblighi contrattuali (*ex tunc*) o *a contrario* limitare la portata della soppressione agli obblighi che rimangono ancora da adempiere (*ex nunc*). L'art. 2 quinquies, pertanto, al di fuori delle ipotesi in cui la privazione degli effetti si pone quale misura tendenzialmente obbligatoria, stabilisce che gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto stipulato in virtù di quest'ultima devono essere determinati dal diritto nazionale.

La disposizione in esame è stata oggetto di analisi da parte del Consiglio di Stato con la già citata sentenza n. 25/2013, con riguardo a quanto previsto a livello nazionale dagli artt. 121 e 122 del Codice del processo amministrativo. In particolare, l'inefficacia del contratto per "gravi violazioni" è prevista laddove l'aggiudicazione definitiva sia avvenuta senza previa pubblicazione del bando di gara o dell'avviso con cui di indice la gara; qualora l'aggiudicazione definitiva sia avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti; quando sia stato violato il termine dilatorio o sospensivo previsto per la stipula del contratto, sempre che la violazione aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione, abbia compromesso le possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento. In altre parole, allorquando ricorrano gravi violazioni il giudice che ha annullato l'aggiudicazione, interviene dichiarando l'inefficacia del contratto, salvo non sussistano le esigenze imperative di cui alla comma 2, dell'art. 121. In questi casi, sebbene parte della dottrina sia solita parlare di inefficacia "necessaria" del contratto, risulta evidente come il Legislatore abbia voluto modellare il rapporto tra dichiarazione di inefficacia del contratto e la sua eventuale conservazione nei termini di un rapporto di regola- eccezione. La regola è ovviamente configurata della dichiarazione di inefficacia, mentre l'eccezione è la conservazione del contratto accompagnata se del caso dall'irrogazione di sanzioni alternative ex art. 123 del cod. proc. amm. Alla luce di tale ricostruzione secondo altra parte della dottrina sembrerebbe più corretto parlare di inefficacia "cedevole".³

³ A. AULETTA, *Le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto medio tempore stipulato alla luce del d.lgs 53 del 2010*, in *Nel Diritto*, 2010; C. CICERO, *Contratto pubblico e principi di diritto privato*, Cedam, 2011.

Gli "altri casi" di violazione, ritenuti di minor gravità, sono contemplati all'art. 122 del cod. proc. amm. e stante la libertà concessa dalla direttiva comunitaria agli Stati membri se optare per l'inefficacia, o per l'efficacia del contratto, o infine accogliere una soluzione mediana, il legislatore italiano ha previsto una inefficacia "possibile." In altri termini il legislatore comunitario ha demandato alla discrezionalità degli Stati membri la previsione dei rimedi più idonei e il legislatore italiano ha previsto che qualora il giudice annulli l'aggiudicazione definitiva, deve stabilire se dichiarare l'inefficacia del contratto, fissandone la decorrenza, se retroattivamente o meno sulla base di un delicato e complesso bilanciamento degli interessi coinvolti.

In virtù della normativa suesposta, il Consiglio di Stato ha rinviato la questione alla Corte di Giustizia se ai sensi dell'art. 2 quinquies della direttiva n. 2007/66 sia precluso al giudice nazionale di pronunciare la privazione degli effetti del contratto qualora un'amministrazione aggiudicatrice abbia pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea l'avviso di trasparenza preventiva e abbia atteso almeno dieci giorni per la stipulazione del contratto, prima di affidare il contratto direttamente ad un determinato operatore economico, scelto senza previa pubblicazione del bando di gara; nonostante si ravvisi la violazione delle norme che consentono solo in presenza di certe condizioni, di affidare il contratto senza l'espletamento di una gara. Si dubita poi, ove la questione interpretativa dovesse essere risolta nel senso della conservazione degli effetti del contratto, se tale soluzione fornisca una tutela davvero effettiva agli operatori economici e sia pertanto conforme ai principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza. Ad avviso del Consiglio di Stato, dovrebbe essere privilegiata un'interpretazione che consenta al giudice, a fronte dell'impossibilità di dichiarare il contratto inefficace ai sensi dell'art. 121, di disporre l'inefficacia ai sensi dell'art. 122, ove ne ricorrano i presupposti.

3. Le ragioni tecniche, quale presupposto della procedura negoziata

La problematica relativa all'oggettiva accezione da attribuire alle "ragioni di natura tecnica" è stata oggetto di analisi da parte della giurisprudenza. La stessa ha inteso attribuire all'espressione in esame il significato di "motivo tecnico", da intendersi come ogni circostanza, anche di fatto, idonea a coinvolgere problemi legati al profilo tecnico della realizzazione dell'opera. L'aggiudicazione dell'appalto ad un determinato operatore economico deve rilevarsi non solo utile, ma necessaria data la particolarissima complessità del bene o servizio che si intende acquisire e che solo l'impresa scelta è in grado di soddisfare alla luce delle norme di carattere tecnico che disciplinano il settore cui le opere appaltate afferiscono. Sussiste, pertanto, una stretta connessione fra le ragioni tecniche e la capacità dell'impresa, connessione che la stazione appaltante deve ben illustrare attraverso una puntuale motivazione. La *ratio* di tale previsione si rinviene nella necessità di scongiurare la possibilità che l'amministrazione possa utilizzare la fattispecie eccezionale al solo fine di non esperire una pubblica procedura di selezione. In tal prospettiva, è da escludere che la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando possa essere adottata per mere ragioni di opportunità ed economicità. Significativa si rileva al riguardo la pronuncia del Consiglio di Stato 8 Gennaio 2013 n. 26 che prendendo le mosse dal generale principio in forza del quale la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara riveste carattere di eccezionalità, ha ritenuto nel caso di specie che la scelta compiuta dal Ministero dell'Interno,

Dipartimento di Pubblica Sicurezza, di affidare direttamente ad un solo operatore telefonico il servizio di fonia vocale, di trasmissione dati e di fonia mobile, non fosse immune da censure, integrando le circostanze indicate dall'Amministrazione mere ragioni di opportunità e difficoltà. In particolare il Consiglio Stato ha valutato che dalla documentazione prodotta dal Ministero emergesse non un'oggettiva impossibilità di affidare i servizi in esame ad operatori economici diversi, quanto, l'inopportunità di una tale soluzione che avrebbe comportato uno sproporzionato cambiamento sia nei costi che nei tempi di realizzo. Essendo un sistema di natura derogatoria e residuale è richiesta una motivazione nella quale si spieghi in modo analitico le ragioni per le quali si ritiene che sussistano i presupposti richiesti dalla legge. L'ipotesi di cui all'art. 57, co. 2, lett. b, D.lgs 163/2006 può trovare applicazione solo nel caso in cui, a seguito di una indagine sul mercato *ex ante* e sulla base di un apprezzamento tecnico- discrezionale, l'affidatario risulta essere il solo in grado di far fronte alle dinamiche concrete. Le qualità che giustificano il ricorso alla procedura negoziata devono, quindi, essere talmente particolari da far apparire l'impresa individuata per gli strumenti e le conoscenze tecniche di cui dispone, come la sola in grado di eseguire la prestazione.⁴

4. Gli appalti di lavori pubblici di importo complessivo inferiore a un milione di euro

L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici con la determinazione n. 2 del 06 aprile 2011 ha tracciato le linee guida per l'esecuzione della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara affrontando, altresì, le novità più significative apportate con l'introduzione del D.L. n. 70 del 2011, poi convertito con L. n. 106/2011. Tra le innovazioni più importanti si segnala quella relativa alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara espletata per l'affidamento dei contratti di lavori pubblici sotto soglia di cui all'art. 122 del D.lgs. n. 163 del 2006. In particolare, a seguito dell'abrogazione del comma 7 *bis* e con l'introduzione del nuovo comma 7 della norma in esame, è stata innalzata la soglia massima stabilita per l'espletamento della procedura *ex art. 57*, comma 6, del Codice da 500.000 euro ad un milione di euro. La finalità di un tale innalzamento, secondo l'Autorità, risiede nella necessità di semplificare le procedure di affidamento dei contratti pubblici, trovando un'efficace bilanciamento nell'aumento del numero minimo di operatori economici che devono essere invitati. La nuova formulazione del comma 7 citato richiede un diverso numero minimo di operatori economici da invitare a seconda dell'importo del lavoro da affidare: per i contratti di valore pari o superiore a 500.000 euro e fino ad un milione, l'invito deve essere rivolto ad almeno dieci soggetti; per lavori di importo inferiore a 500.000 euro, invece, è sufficiente l'invito presentato a cinque operatori economici. La disposizione in esame ha, dunque, esteso l'obbligo dell'invito a cinque soggetti anche per i contratti di valore inferiore a 100.000 euro, per i quali nulla era disposto nella vigenza dell'abrogato comma 7 *bis*. Inoltre, la norma in disamina deroga a quanto previsto all'art. 57, comma 6, che impone l'invito di soli tre operatori economici, avendo innalzato, per quel che riguarda i contratti di lavori pubblici sotto soglia, il numero minimo richiesto.

L'Autorità affronta, poi, un particolare aspetto problematico con riguardo al meccanismo relativo all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di

⁴ In senso conforme Tar Lazio, Roma, Sez. III, 8 agosto 2006, n. 7012

anomalia; facoltà che non è esercitabile quando il numero di offerte ammesse è inferiore a dieci, ai sensi dell'art. 122, comma 9, del Codice nonché dell'art. 121, comma 8, del D.P.R. n. 207 del 2010. Ne consegue che la stazione appaltante che affidi, mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, un lavoro per un importo inferiore a 500.000 euro, ben potrà invitare solo cinque operatori economici ma, se vorrà eventualmente avvalersi della facoltà di esclusione automatica, dovrà opportunamente invitare un numero maggiore di soggetti, in modo che, anche nel caso in cui alcuni di questi presentino un'offerta in modo scorretto o non la presentino affatto, sia comunque raggiunto il numero minimo di dieci offerte richiesto dalla legge.

4.1 Indagine di mercato

Occorre delineare concretamente la corretta procedura che l'amministrazione deve seguire per selezionare il contraente. L'articolo 57, comma 6, del Codice prescrive che *"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."* La procedura, in altre parole si articola in due fasi: l'indagine di mercato che è preordinata esclusivamente a conoscere l'assetto del mercato, quindi i possibili potenziali offerenti ed il tipo di condizioni contrattuali che essi sono disposti a praticare, senza alcun vincolo in ordine alla scelta finale; e la valutazione comparativa delle offerte con l'obbligo dell'osservanza dei principi di "par condicio" e trasparenza nelle lettere di invito. La stazione appaltante deve specificare nella determinazione a contrarre i criteri che saranno utilizzati per l'individuazione delle imprese da invitare ed in caso di avviso preventivo detti criteri devono essere specificati nello stesso. A titolo semplificativo possono essere utilizzati come criteri, per esempio, le esperienze contrattuali registrate dalla stazione appaltante nei confronti dell'impresa richiedente l'invito o da invitare, purché venga rispettato il principio della rotazione⁵. Qualora venga pubblicato l'avviso preventivo, devono essere preferiti gli strumenti che permettono di adeguare la pubblicità all'importanza dell'appalto per il mercato interno. L'avviso deve indicare una sintetica descrizione degli elementi essenziali dell'appalto e della procedura di aggiudicazione che si intende seguire, accompagnata da un invito a prender contatto, se interessati, con la stazione appaltante. Altro strumento che può considerarsi adatto alle indagini di mercato, è rappresentato dalla predisposizione di "elenchi aperti di operatori economici". Tuttavia occorre specificare che l'articolo 40, comma 5, del Codice non consente l'utilizzo di elenchi per l'affidamento di lavori pubblici, salvo il caso degli affidamenti in economia o dell'applicabilità della procedura ristretta

⁵ cfr. TAR Molise, Sez. I – sent. 6 novembre 2009, n. 700

semplificata. Divieto che è stato introdotto dalla legge 19 febbraio 1994, n. 109, al fine di evitare il ricorso ai cosiddetti "albi speciali e di fiducia". Il caso esposto appare diverso dall'ipotesi di elenchi di operatori economici costituiti mediante bando pubblico al quale tutti i soggetti possono accedere, così da essere aperti al mercato. Per tale ragione è necessario pubblicizzare la volontà dell'amministrazione di realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare mediante la pubblicazione di un avviso reso conoscibile secondo modalità idonee e permettere a tutti gli operatori interessati, in possesso dei requisiti richiesti, di iscriversi nell'elenco senza limitazioni temporali con aggiornamento periodico, almeno semestrale, degli stessi elenchi.

5. Gli affidamenti in economia

Le norme che regolano l'affidamento delle acquisizioni in economia sono l'art. 125 del Codice, nonché gli artt. 326-338 del D.P.R. n. 207/2010. Come noto, l'articolo 125 del Codice disciplina le procedure di acquisizione in economia, cioè quei particolari strumenti di scelta del contraente, di natura semplificata, correlati ad importi di modesta entità. La disposizione normativa, confermando la pregressa disciplina, stabilisce che le procedure in economia possono essere effettuate attraverso i modelli dell'amministrazione diretta e del cottimo fiduciario. L'amministrazione diretta si caratterizza dall'assenza di qualsiasi vincolo contrattuale, poiché la stazione appaltante opera direttamente attraverso il proprio responsabile del procedimento, il quale agisce in nome dell'amministrazione medesima, ma con la propria e personale responsabilità. Tale modello presuppone l'impiego di personale interno all'Ente, di materiali e mezzi, appartenenti all'amministrazione o specificamente noleggiati. La stazione appaltante, attraverso il proprio responsabile, assume direttamente tutti i rischi, legati all'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto, diversamente da quanto avviene nell'appalto, ove i rischi ricadono sull'impresa appaltatrice. Di conseguenza, il responsabile del procedimento provvede direttamente all'acquisizione del bene o del servizio od all'esecuzione dei lavori, curando personalmente i rapporti con i soggetti terzi. Il codice detta, al riguardo, poche disposizioni, in considerazione del fatto che non sussiste, in tale modello, alcun affidamento esterno di prestazioni. Con riguardo alla procedura di affidamento il Decreto Sviluppo ha introdotto una rilevante modifica, consistente nell'innalzamento della soglia al di sotto della quale è consentito l'affidamento diretto di servizi e forniture, da 20.000 euro a 40.000 euro. L'art. 267 del Regolamento, contenuto nella parte relativa ai servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, stabilisce che in tali casi l'affidamento diretto è consentito secondo le modalità previste dall'art. 125, comma 11, del Codice. L'Autorità in merito alla problematica relativa al mancato coordinamento delle norme è intervenuta, affermando la necessità di interpretare la disposizione regolamentare alla luce di rango primario contenuta nel Codice, con la conseguenza che anche per i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria l'affidamento diretto deve ritenersi ammesso per importi inferiori a 40.000 euro. L'articolo 125, al comma 5, si limita, invece, a stabilire il limite massimo dei soli lavori, che possono essere effettuati in amministrazione diretta: euro 50.000,00. Il cottimo fiduciario costituisce, invece, un vero modello di scelta del contraente, assimilabile alla trattativa privata, cioè alle procedure negoziate. La giurisprudenza in merito ha affermato con chiarezza che: *"Nelle procedure negoziate di cottimo fiduciario, ove la lex specialis non imponga una rigorosa*

*separazione fra valutazione tecnica e valutazione economica delle offerte, legittimamente la stazione appaltante, dopo aver annullato in autotutela la prima aggiudicazione, nel rinnovato procedimento limita il riesame alle sole offerte tecniche*⁶.

In altre parole gli affidamenti degli appalti tramite cottimo fiduciario sono equiparati dal Codice ad una procedura negoziata (art. 3, comma 40 del Codice, articolo 125, comma 1, lettera b) e comma 4). Per i lavori, il ricorso al cottimo fiduciario è ammesso per importi non superiori a 200.000 euro, mentre, per i servizi e le forniture, la soglia coincide con quella comunitaria, quindi, con l'importo di 125.000 euro per i servizi e le forniture aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali, con l'importo di 193.000 euro nei restanti casi. Dunque, per i servizi e le forniture sotto soglia, la semplificazione conduce alle procedure in economia, posto che, come detto sopra, la procedura negoziata ordinaria è utilizzabile solo nei casi previsti dagli articoli 56 e 57 del Codice.

L'acquisizione di lavori, servizi e forniture può essere affidata in economia solo se l'amministrazione competente procede ad una anticipata individuazione e regolamentazione dei tipi di lavori, servizi e forniture per le quali può essere adottato tale sistema. Si evidenzia che, se l'individuazione da parte delle stazioni appaltanti dei servizi e delle forniture da affidare in economia è libera e risponde, pertanto, alle puntuali esigenze di carattere organizzativo delle stesse, quella relativa ai lavori è invece circoscritta alle categorie generali indicate dall'articolo 125, comma 6, del Codice ed essenzialmente riconducibili ad ipotesi legate all'urgenza, all'imprevedibilità ed al modesto valore della manutenzione o della riparazione di opere od impianti.

I procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia per i servizi e forniture sono disciplinati, oltre che dalla norma quadro dell'articolo 125, dal Regolamento, *"nel rispetto dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal codice"* (art. 125, comma 14). È doveroso sottolineare, inoltre, che la figura centrale del sistema dell'acquisizione di lavori, servizi e forniture in economia è il responsabile unico del procedimento. Con specifico riguardo alle modalità procedurali per l'affidamento dei cottimi, è prevista la regola che la procedura negoziata deve avvenire tra almeno cinque operatori, salva la possibilità di affidamento diretto per gli appalti di servizi e forniture di importo inferiore a 20.000 euro. Inoltre, le amministrazioni, per la selezione e l'individuazione dei soggetti da invitare alle procedure informali, devono istituire albi di operatori economici, soggetti ad aggiornamento almeno annuale, con iscrizione aperta agli operatori in possesso dei requisiti di qualificazione (comma 12 dell'art. 125). L'affidamento operato tramite cottimo fiduciario, nonostante il carattere semplificato, rimane una procedura negoziata, pertanto è subordinata all'osservanza e al rispetto dei principi posti dal Codice in tema di affidamento dei contratti. L'art. 331 del Regolamento, stabilisce in proposito che le stazioni appaltanti devono assicurare, comunque, che le procedure in economia avvengano nel rispetto del principio della massima trasparenza, contemperando altresì l'efficienza dell'azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori economici. Ad ulteriore garanzia, è stabilito che deve necessariamente procedersi sulla base di una definizione precisa delle prestazioni acquisibili mediante cottimo fiduciario.

⁶ Cfr Tar Toscana, sez. I, 11 settembre 2008, n. 1989

l'esito degli affidamenti mediante cottimo fiduciario deve essere soggetto ad avviso di post-informazione mediante pubblicazione sul profilo del committente. A differenza di quanto avviene per la procedura negoziata, le acquisizioni in economia di beni e servizi devono rientrare nei limiti di valore e nell'ambito degli oggetti definiti da apposito provvedimento dell'Amministrazione. Pertanto, anche nel caso in cui la soglia di acquisizione delle forniture e dei servizi in economia risulti piuttosto alta, la procedura in economia non è di per sé legittima e possibile solo perché si rispetti il limite finanziario, occorre infatti come elemento ulteriore che l'oggetto e/o la prestazione rientrino tra quelli individuati preventivamente dall'amministrazione con riguardo alle proprie specifiche esigenze. Si evidenzia, dunque, la necessità di un preventivo atto che individui specificatamente le categorie di beni e servizi che possono essere affidati in economia; provvedimento, che in genere, assume la forma del regolamento interno della stazione .

Per completare l'analisi sui servizi e le forniture in economia, risulta opportuno accennare all'orientamento della recente giurisprudenza. È stato chiarito che il cottimo fiduciario non può essere ricondotto ad una semplice attività negoziale di diritto privato priva di rilevanza pubblicistica, in quanto le regole procedurali anche minime previste per la valida conclusione del relativo contratto implicano il rispetto dei principi generali di imparzialità, correttezza, buona fede, logicità coerenza della motivazione.

Orbene, alla stregua dell'evidenziato orientamento giurisprudenziale, si è ritenuto che la scelta dei soggetti da consultare è connotata da significativi margini di discrezionalità. *“Sebbene, non sussista un obbligo in capo all'amministrazione di invitare tutte le imprese che ne facciano richiesta, nè di illustrare diffusamente le ragioni di ogni mancato invito, è però ravvisabile l'obbligo di motivare il mancato invito di una ditta che versa nelle peculiari condizioni sopra rammentate. Inoltre, nel caso in cui si sia svolta una gara officiosa, si ravvisano tutte le condizioni del momento procedimentale pubblicistico che può essere controllato in giurisdizione generale di legittimità dal giudice amministrativo”*⁷, ciò proprio per i principi generali che soprintendono le procedure di affidamento ed in applicazione del principio generale di motivazione degli atti amministrativi.

6. Tracciabilità dei flussi finanziari

L'articolo 3 della legge n. 136/2010, entrata in vigore il 7 settembre 2010, così come modificato dalla legge 217/2010, introduce una disciplina volta ad assicurare la tracciabilità dei flussi finanziari legati a contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di qualunque importo e quale che sia la procedura di affidamento eseguita. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ha emanato la determinazione n. 10 del 22 dicembre 2010 - pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 4 del 7 gennaio 2011, recante *"Ulteriori indicazioni sulla tracciabilità dei flussi finanziari"* nella necessità di fornire indicazioni operative maggiori per la concreta attuazione degli obblighi di tracciabilità. In linea generale, la ratio delle norme dettate dalla legge n. 136/2010 è quella di prevenire le infiltrazioni malavitose nelle commesse pubbliche e di contrastare le imprese che, per la loro contiguità con la criminalità organizzata, operano in modo irregolare ed anticoncorrenziale. A tal fine, tra l'altro, la legge prevede che i flussi finanziari, provenienti da soggetti tenuti all'osservanza del

⁷ Cons. Stato, sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4295

decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e diretti ad operatori economici aggiudicatari di un contratto di appalto di lavori, servizi o forniture, debbano essere tracciati, in modo tale che ogni incasso e pagamento possa essere controllato ex post. Alla luce di ciò, appare evidente che la tracciabilità non è uno strumento di monitoraggio dei flussi finanziari, bensì un mezzo a disposizione volto contrastare le infiltrazioni delle mafie nell'economia legale. L'articolo 3, comma 1, della legge n. 136/2010 prevede con esattezza che le norme sulla tracciabilità dei flussi finanziari si applicano agli appaltatori, subappaltatori e subcontraenti assumendo fondamentale importanza la nozione di appalto e, di conseguenza, quella di appaltatore. Alla luce del quadro normativo gli obblighi di tracciabilità trovano diretta ed integrale attuazione in relazione ai contratti - e subcontratti da essi derivanti- sottoscritti dopo il 7 settembre 2010, ancorché relativi a bandi pubblicati prima del 7 settembre 2010. Tali contratti devono recare sin dalla sottoscrizione le nuove clausole sulla tracciabilità. Per quanto concerne, invece, i contratti sottoscritti prima della data menzionata, l'art. 6 comma 2 del d.l. n. 187/2010, come modificato dalla legge n. 217/2010, prescrive che gli stessi devono essere adeguati alla norme sulla tracciabilità entro 180 giorni *"dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto"*. Il citato comma 2 prevede, poi, che tali contratti, ai sensi dell'articolo 1374 del codice civile c.c., *"si intendono automaticamente integrati con le clausole di tracciabilità previste dai commi 8 e 9 del citato articolo 3 della legge n. 136 del 2010 e successive modificazioni"*. L'art. 1374 c.c. stabilisce che il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o in mancanza, secondo gli usi e l'equità. Con specifico riguardo agli obblighi di tracciabilità, in conseguenza di tale previsione, qualora alla scadenza del periodo transitorio le parti non abbiano proceduto ad adeguare i contratti su base volontaria, detti contratti saranno automaticamente integrati senza necessità di sottoscrivere atti negoziali supplementari e/o integrativi. Con il meccanismo di integrazione automatica si vuole sostanzialmente evitare che i contratti sprovvisti delle clausole della tracciabilità alla scadenza del periodo transitorio cadano nella nullità assoluta. Inoltre, l'integrazione automatica dei contratti intende semplificare gli oneri di controllo posti in capo alle stazioni appaltanti dal comma 9 dell'art. 3 della legge n. 136/2010, in modo tale che le stazioni appaltanti siano sollecitate, per i contratti in corso di esecuzione alla scadenza del periodo transitorio, nell'inviare agli operatori economici una comunicazione con la quale si evidenzia l'avvenuta integrazione automatica del contratto principale e dei contratti da esso derivati. Tuttavia, gli obblighi di tracciabilità non trovano applicazione nel caso di svolgimento di prestazioni di lavori, servizi e forniture in economia tramite amministrazione diretta ex articolo 125, comma 3, del Codice dei contratti. Tale ipotesi si configura, come già visto, quando la stazione appaltante provvede all'esecuzione con materiali e mezzi propri o appositamente noleggiati o acquistati e con personale proprio, sotto la direzione del responsabile del procedimento. Il ricorso all'istituto in commento non integra, pertanto, la fattispecie del contratto d'appalto con un operatore economico. Diversamente, sono soggette alla tracciabilità le procedure di cottimo fiduciario, in quanto il ricorso al cottimo fiduciario integra la fattispecie del contratto d'appalto con un operatore economico. Devono ritenersi escluse dall'ambito di applicazione della legge n. 136/2010 anche i trasferimenti di danaro derivanti da prestazioni eseguite in favore di pubbliche amministrazioni da soggetti, giuridicamente distinti dalle stesse, ma sottoposti ad un controllo analogo a quello che le medesime esercitano sulle proprie strutture (cd. affidamenti in house), in quanto, come affermato da un orientamento giurisprudenziale ormai

consolidato, in tale caso, assume rilievo la modalità organizzativa dell'ente pubblico, risultando non integrati gli elementi costitutivi del contratto d'appalto per difetto del requisito della terzietà. Ai fini della tracciabilità, quindi, non deve essere indicato il CIG. Resta ferma l'osservanza della normativa sulla tracciabilità per le società in house quando le stesse affidano appalti a terzi.

Si rileva, inoltre, che la procedura di selezione del socio privato di una società mista con contestuale affidamento del servizio al socio stesso (cd. socio operativo), è soggetta alla tracciabilità, non potendo essere esclusa dall'ambito di applicazione della legge n. 136/2010: conseguentemente, per tale fattispecie, è necessario richiedere il CIG all'Autorità. Il codice CIG (codice identificativo di gara) è un codice alfanumerico generato dal sistema SIMOG della AVCP la cui funzione è quella di individuare univocamente le movimentazioni finanziarie degli affidamenti di lavori, servizi o forniture, indipendentemente dalla procedura di scelta del contraente adottata, e dall'importo dell'affidamento stesso.

7. Conclusioni

Alla luce di quanto su esposto, si ritiene che il ricorso alla procedura negoziata prevista dall'art. 57, comma 2, del codice dei contratti rappresenta un'eccezione al principio generale della pubblicità ed esige una puntuale motivazione. Numerose pronunce giurisprudenziali sul punto hanno ritenuto che la legittimità del ricorso alla procedura negoziata, ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. b), è subordinata all'effettuazione di una preventiva indagine di mercato circa l'oggettiva esistenza dell'unico operatore economico potenziale individuato, nonché all'esito positivo di una attenta e rigorosa valutazione, da parte della stazione appaltante, in merito alla sussistenza dei requisiti di unicità della prestazione. L'analisi testuale delle norme richiamate mostra l'indubbia necessità di tutelare la concorrenza nella misura più ampia. La stazione appaltante deve conciliare il rispetto dei principi comunitari e del principio di economicità con le esigenze di celerità e semplificazione proprie delle procedure negoziate senza bando, in relazione all'importo dei contratti. Con riguardo, invece alle procedure in economia è necessario che queste avvengano nel rispetto del principio della massima trasparenza, bilanciando l'efficienza dell'azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori economici. Inoltre, è previsto che l'esito degli affidamenti mediante cottimo fiduciario sia oggetto di avviso di post-informazione mediante pubblicazione sul profilo del committente.