

CAPITOLO II

LE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE

SOMMARIO: 1. Il sistema dell'evidenza pubblica e i principi cardine. - 2. I sistemi di individuazione del contraente. - 2.1 Le procedure aperte. - 2.2 Le procedure ristrette. - 3. Le procedure negoziate. - 3.1 Le procedure negoziate previa pubblicazione del bando. - 3.1.1 Le modalità di svolgimento della procedura con bando. - 3.2 Le procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando. - 3.2.1 Modalità di svolgimento della procedura negoziata senza pubblicazione di un bando. - 3.3 Le procedure negoziate per l'affidamento di lavori pubblici fino a 500.000 Euro. - 4. L'accordo quadro. - 5 Il dialogo competitivo - 6. L'appalto a prestazioni integrate. -7. Le aste elettroniche.

1. Il sistema dell'evidenza pubblica e i principi cardine

Nell'ambito delle attività con cui le pubbliche amministrazioni, avvalendosi della propria capacità di diritto privato, operano attraverso strumenti giuridici di matrice privatistica, particolare rilievo assume l'attività contrattuale, che, oltre che dal diritto comune, è regolata da norme specifiche, proprie dell'ordinamento contabile, oggi confluite nel Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 163/06 e s.m.i..

L'attività contrattuale della P.A. è attività definita ad evidenza pubblica, concetto che attiene ad un modello procedimentale disciplinato da norme di carattere pubblicistico che regolano l'attività contrattuale dell'amministrazione, con particolare riguardo alla procedura di individuazione del contraente.

Il sistema dell'evidenza pubblica presuppone che l'amministrazione operi come:

- "amministrazione imparziale", nel senso che l'azione della P.A. deve ispirarsi al principio di trasparenza sancito dall'art. 97 Cost., e come
- "amministrazione neutrale", e cioè un'amministrazione che sceglie il proprio contraente, applicando rigide regole di evidenza pubblica, cui si vincola, ed effettuando una valutazione comparativa delle offerte al fine di individuare la proposta effettivamente più vantaggiosa ed idonea a soddisfare l'interesse pubblico sotteso al contratto.

I principi cardine dell'evidenza pubblica sono quelli della trasparenza, efficacia, efficienza, *par condicio*, massima concorrenzialità, etc. che trovano nella loro concreta applicazione, gradazioni distinte che saranno evidenziate nell'esame delle procedure di gara.

2. I sistemi di individuazione del contraente

Come rilevato nei precedenti capitoli, il Codice dei contratti pubblici, nel disciplinare le procedure di individuazione del contraente, abbandona le tradizionali definizioni di pubblico incanto, licitazione privata, trattativa privata e appalto concorso, e recepisce le

Il sistema dell'evidenza pubblica

Le nuove definizioni comunitarie di procedure di scelta del contraente

corrispondenti definizioni comunitarie, come delineate dall'art. 28 della direttiva 2004/18/CE.

Tale articolo dispone, infatti, che *“Per aggiudicare gli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adattate ai fini della presente direttiva. Esse aggiudicano tali appalti pubblici mediante procedura aperta o mediante procedura ristretta. Alle condizioni specifiche espressamente previste all'articolo 29 le amministrazioni aggiudicatrici possano aggiudicare gli appalti pubblici mediante il dialogo competitivo. Nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previsti agli articoli 30 e 31, esse possono ricorrere a una procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara”*.

La norma in parola, dunque, indica quali procedure ordinarie di aggiudicazione di contratti pubblici, la procedura aperta (*ex* pubblico incanto o asta pubblica) e la procedura ristretta (*ex* licitazione privata), mentre restringe il ricorso alla procedura negoziata – preceduta o meno dalla pubblicazione del bando – e al dialogo competitivo al ricorrere di casi e condizioni tassativamente previsti, configurando tali modalità di scelta del contraente quali procedure a carattere eccezionale (*cf.* artt. 29, 30 e 39 della direttiva 2004/18).

Nel d.lgs. n. 163/06, il Legislatore nazionale, recependo l'impostazione comunitaria, individua tre tipi di procedure:

- a. procedure aperte;
- b. procedure ristrette;
- c. procedure negoziate, con o senza pubblicazione del bando.

A tali procedure si aggiungono, poi, il dialogo competitivo e l'accordo quadro (disciplinati rispettivamente dagli artt. 58 e 59 del Codice), che possono aver luogo mediante procedura aperta o ristretta, in base alle esigenze dell'amministrazione.

2.1 Le procedure aperte

Le procedure aperte, storicamente conosciute come pubblici incanti nella legislazione di contabilità di Stato, sono definite dall'art. 3, comma 37, d.lgs. n. 163/06, come *“le procedure in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta”*.

Trattasi, quindi, di procedure nelle quali, a seguito della pubblicazione del bando, qualsiasi impresa in possesso dei requisiti prescritti può presentare offerta, senza necessità di essere appositamente invitata dalla stazione appaltante.

Elemento essenziale ed imprescindibile di tali procedure risulta essere proprio la pubblicazione del bando, ovvero dell'atto con cui la stazione appaltante manifesta all'esterno la propria volontà di affidare un contratto pubblico di lavori, servizi e forniture, rivolgendosi a qualunque operatore interessato ed in possesso dei requisiti di qualificazione necessari alla partecipazione alla procedura selettiva, requisiti che vanno indicati nella legge di gara.

Le procedure di selezione del contraente previste dal Codice dei contratti

Alle procedure aperte possono partecipare tutti gli operatori interessati che posseggano i requisiti di qualificazione indicati nel bando

Il ricorso alla procedura aperta, alla luce del disposto dell'art. 55 del Codice, è ammesso in via generale, limitandosi il Legislatore a stabilire, al comma 5, che nelle procedure aperte gli operatori economici presentano le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara.

La procedura aperta consta delle seguenti fasi:

- redazione e pubblicazione del bando di gara, contenente la descrizione dell'oggetto e delle condizioni di realizzazione della prestazione;
- presentazione delle offerte;
- svolgimento della procedura di gara;
- aggiudicazione e stipula del contratto.

Le fasi della procedura aperta

2.2 Le procedure ristrette

La licitazione privata nasce come sistema eccezionale di scelta del contraente, ammesso soltanto in ipotesi tassative previste dagli artt. 38 e 39 R.D. n. 824/1927 (*Regolamento per la contabilità generale dello Stato*).

In tale assetto normativo la licitazione privata era caratterizzata da una ampia discrezionalità della stazione appaltante nella scelta delle imprese da invitare a presentare offerta, scelta pressoché insindacabile, in forza degli artt. 89 e 68 del suddetto Regolamento.

In seguito, tale connotato di eccezionalità veniva superato, tant'è che con la cd. Merloni *bis* (legge n. 415/98), l'art. 23 della legge n. 109/94 veniva novellato prevedendo che alle licitazioni private di qualsiasi importo venissero invitati tutti i soggetti che ne avessero fatto richiesta e che fossero in possesso dei requisiti di qualificazione previsti nel bando.

Evoluzione della licitazione privata

In ambito comunitario, invece, la licitazione privata, denominata "procedura ristretta", viene configurata come procedura cui partecipano solo le imprese scelte dalla stazione appaltante, impostazione questa confermata nelle recenti direttive appalti del 2004.

Il Legislatore del Codice dei contratti pubblici, a seguito del secondo decreto correttivo, ha recepito la configurazione della licitazione privata delineata dalla Merloni per i lavori pubblici, disciplinando la procedura ristretta come procedura ordinaria di individuazione dell'affidatario di contratti pubblici, del tutto equivalente rispetto alla procedura aperta.

Infatti, sebbene la definizione di procedura ristretta sia aderente a quella comunitaria (art. 3, comma 38, d.lgs. n. 163/06: "*procedure alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, con le modalità stabilite dal presente Codice*"), al successivo art. 55, comma 6, è stabilito che alla procedura ristretta debbono essere invitati tutti i soggetti che ne

Alla procedura ristretta nazionale vanno invitati tutti gli operatori qualificati

abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti stabiliti dal bando.

Sotto tale profilo, dunque, la procedura ristretta nazionale si differenzia da quella comunitaria, e diviene totalmente equiparabile alla procedura aperta, salvo che per la pluralità di fasi procedurali (domanda di partecipazione ed inviti).

L'unica ipotesi, peraltro piuttosto marginale, di limitazione del numero dei concorrenti nelle procedure ristrette è prevista dall'art. 62, in base al quale nelle ristrette relative a lavori di importo pari o superiore a 40 milioni di Euro, nonché nelle procedure negoziate con pubblicazione del bando e nel dialogo competitivo relativi ad appalti di lavori di qualsiasi valore, le amministrazioni possono indicare il numero minimo ed eventualmente anche il numero massimo dei concorrenti, che selezioneranno sulla base di criteri oggettivi predeterminati (cd. meccanismo della forcella).

Con riferimento al tipo di procedura da espletare, se aperta o ristretta, l'amministrazione ha un'ampia discrezionalità, limitandosi il Legislatore a consigliare agli enti appaltanti di adottare le procedure ristrette soltanto nei casi in cui l'appalto ha ad oggetto attività progettuale dopo l'aggiudicazione, ovvero quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (*cf.* art. 55, comma 2); nei casi, cioè, in cui sussiste una pluralità di elementi da valutare in sede di gara, tra cui generalmente vi è anche la progettazione definitiva (ed eventualmente esecutiva) da parte dei concorrenti.

Quanto allo svolgimento della procedura ristretta, essa si articola nelle seguenti fasi:

- pubblicazione del bando;
- ricezione delle domande di partecipazione;
- preselezione dei candidati sulla base dei requisiti di qualificazione previsti nel bando;
- spedizione della lettera d'invito a presentare offerta ai soggetti qualificati;
- presentazione delle offerte;
- svolgimento della gara;
- aggiudicazione e stipula del contratto.

3. Le procedure negoziate

Nell'ordinamento antecedente il Codice degli appalti, la trattativa privata (da cui discende la procedura negoziata di stampo comunitario) costituiva un sistema di scelta del contraente a carattere eccezionale, poiché limitato ad ipotesi tassativamente previste (*cf.* art. 41 R.D. n. 827/1923 cit.; art. 24, legge n. 109/94 cit.) e sottratto agli obblighi procedurali caratteristici delle procedure ad evidenza pubblica.

In tale contesto, la trattativa privata assumeva una connotazione privatistica per la mancanza di vincoli procedurali, la libertà delle

Le SS.AA. sono libere di scegliere tra procedura aperta e procedura ristretta

Le fasi della procedura ristretta

forme e l'ampia discrezionalità in capo all'amministrazione appaltante; tale modalità di scelta veniva, quindi, di frequente utilizzata per porre in essere affidamenti diretti di contratti pubblici, scavalcando i principi dell'evidenza pubblica.

Il Legislatore nazionale, tuttavia, sulla scorta delle direttive comunitarie degli anni '80 e '90 in materia di servizi e forniture (recepite nell'ordinamento italiano con i decreti legislativi nn. 157/1995 e 358/1992), nonché degli stimoli della prassi e della giurisprudenza, ha progressivamente avviato un processo di revisione della trattativa privata teso a proceduralizzare l'istituto.

In tale contesto, all'art. 78 d.P.R. n. 554/99 (Regolamento di attuazione della legge n. 109/94), veniva previsto che, al ricorrere dei presupposti per il ricorso alla trattativa privata, *“la stazione appaltante individua le imprese da invitare alla gara informale sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dei soggetti desunte dal mercato e nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione”*, e che, comunque, *“la procedura della gara informale può essere adottata dalla stazione appaltante anche nel caso in cui questa non sia obbligatoria per legge”*, confermando, così, il citato fenomeno di proceduralizzazione della trattativa.

Negli appalti di servizi e forniture di rilevanza comunitaria, disciplinati dai citati decreti legislativi nn. 157/95 e 358/92, la proceduralizzazione era ancora più netta, prevedendo il Legislatore che la trattativa privata potesse essere preceduta o meno dalla pubblicazione di un bando, ferma la fissazione di ipotesi tassative per l'utilizzo di tale procedura.

In seguito, con il d.lgs. n. 163/06 è stata rafforzata la delineata impostazione, abbandonando, peraltro, la vecchia espressione *“trattativa privata”* ed adottando la nozione comunitaria di *“procedura negoziata”* che trova la sua definizione nell'art. 3, comma 40: *“le procedure negoziate sono le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto”*.

Le negoziate, dunque, si caratterizzano per essere delle procedure *“bifasiche”*, nelle quali la prima fase è diretta all'individuazione degli operatori economici da invitare a presentare offerta, mentre la seconda fase consta nella negoziazione che sarà avviata con uno o più concorrenti, secondo quanto previsto nel bando e/o nell'invito.

In particolare, nel d.lgs. n. 163/06 sono previste due forme di procedura negoziata, ovvero:

- le procedure con previa pubblicazione di un bando di gara (art. 56),
- le procedure senza previa pubblicazione di un bando di gara (art. 57).

Le disposizioni di cui agli artt. 56 e 57 del Codice trovano applicazione a tutti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, sia di importo superiore alla soglia comunitaria, sia di importo inferiore alla suddetta soglia.

Le procedure negoziate possono essere precedute o meno dalla pubblicazione di un bando di gara

3.1 Le procedure negoziate con previa pubblicazione di un bando di gara

L'art. 56 prevede che le stazioni appaltanti possono ricorrere alla procedura negoziata preceduta dalla pubblicazione del bando, per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nelle seguenti ipotesi.

1) *“Quando, in esito all’esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate sono irregolari ovvero inammissibili, in ordine a quanto disposto dal presente Codice in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto”.*

Gara infruttuosa

La prima fattispecie, prevista dal comma 1, lett. a), della norma, ricorre quando, in esito all’esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate sono irregolari ovvero inaccettabili, in relazione a quanto disposto dal Codice in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte.

Le offerte irregolari sono quelle offerte viziose nella forma, e cioè prive dei requisiti formali prescritti dalla legge e/o dalla *lex specialis* (es. plico in cui l’offerta economica non è stata inserita in apposita busta adeguatamente sigillata, bensì sciolta nel plico principale).

Offerte irregolari

Le offerte inammissibili, invece, sono quelle offerte prive dei requisiti sostanziali per la partecipazione alla gara o inadeguate sotto il profilo tecnico, di tal che non possono costituire oggetto di specifica valutazione da parte della stazione appaltante (*cfr.* TAR Lazio Roma, Sez. I, 1° marzo 2010, n. 3146).

Offerte inammissibili

La *ratio* di detta disposizione, che delimita con precisione le specifiche condizioni alle quali è possibile passare dalla gara pubblica alla negoziata, è di garantire, da un lato, stabilità e serietà alla domanda pubblica, in modo da evitare comportamenti collusivi, e, dall’altro, la reale parità di condizioni tra i concorrenti.

La norma in esame prevede, inoltre, che nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto; pertanto, ai fini del legittimo ricorso a tale procedura occorre che le condizioni richieste alle imprese invitate a partecipare alla procedura negoziata non si configurino come sostanzialmente diverse rispetto a quelle già definite nella precedente fase della gara ad evidenza pubblica, infruttuosamente esperita, secondo quanto stabilito nel bando o nell’invito.

E, infatti, come confermato dalla giurisprudenza amministrativa *“l’Amministrazione non può stabilire una diversa base d’asta né può modificare le altre condizioni del contratto che influiscono sul sinallagma perché la norma mira ad evitare un’elusione delle norme sulla concorrenza, volendo impedire che un’Amministrazione possa avvalersi della procedura negoziata proponendo condizioni più favorevoli alla procedura aperta non andata a buon fine”* (*cfr.* TAR Valle d’Aosta Aosta, Sez. I, 28 marzo 2009, n. 37).

Divieto di modifica delle condizioni iniziali del contratto

Occorre, quindi, che nella negoziata sia garantita l'omogeneità delle condizioni contrattuali fissate in occasione della prima gara, quali il prezzo, il criterio di aggiudicazione etc..

L'art. 56, comma 1 lett a), prevede, poi, che le stazioni appaltanti possono omettere la pubblicazione del bando di gara se invitano alla procedura negoziata tutti i concorrenti in possesso dei requisiti di qualificazione di cui agli articoli da 34 a 45 del Codice i quali, nella procedura precedente, hanno presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima.

Infine, il ricorso alla negoziata con bando nell'ipotesi in esame è consentito, per gli appalti di lavori, soltanto per affidamenti fino ad un milione di Euro.

2) *“Nel caso di appalti pubblici di lavori, per lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto, e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e sviluppo”.*

Secondo la giurisprudenza formatasi anteriormente all'entrata in vigore del Codice dei contratti, tale ipotesi ricorre quando l'oggetto prevalente dell'appalto da affidare con la negoziata sia lo svolgimento di studi e sperimentazioni, rispetto ai quali l'esecuzione dei lavori costituisce un elemento accessorio (cfr. M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, *op.cit.*, p. 1774; Corte Conti, Sez. contr., 15 luglio 1983, n. 1370, www.dejure.it).

3.1.1 Le modalità di svolgimento della procedura con bando

La disciplina delle procedure negoziate precedute dalla pubblicazione del bando va rinvenuta nei commi 2, 3 e 4 dell'art. 56, d.lgs. n. 163/06.

Tali previsioni, unitamente alle norme sulla pubblicità dei bandi e sui termini di presentazione delle offerte, accentuano la procedimentalizzazione delle negoziate con bando, restringendo, conseguentemente, la discrezionalità della stazione appaltante.

In particolare, viene disposto che le SS.AA. richiedono la presentazione di offerte concernenti gli elementi che ritengono opportuni, preventivamente indicati nella legge di gara (applicando, quindi il criterio di aggiudicazione del massimo ribasso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa) e, successivamente, all'esito di questa prima fase, avviano la negoziazione con tutti gli offerenti, onde ottenere eventuali migliorie economiche e/o concernenti anche altri aspetti del rapporto (ad esempio, riduzione del termine di esecuzione del contratto, particolari modalità esecutive etc.).

Il comma 4 dell'art. 56 stabilisce che alle amministrazioni appaltanti è data la facoltà di prevedere, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, che la prima fase della procedura (e cioè quella diretta alla selezione dei concorrenti) si svolga per fasi successive, finalizzate alla riduzione del numero dei concorrenti con cui attuare la negoziazione definitiva; l'amministrazione, ad esempio, può articolare la procedura in due fasi,

**Lavori a scopo di ricerca,
sviluppo e sperimentazione**

**Le fasi della procedura
negoziata**

ammettendo alla seconda soltanto i due o tre concorrenti che si siano meglio classificati nella prima. Successivamente, darà luogo soltanto con questi alla negoziazione finale, nel contesto della quale richiederà miglioramenti alle offerte già presentate.

Sia nel caso di negoziazione con tutti gli offerenti, sia nel caso di negoziazione soltanto con gli operatori selezionati, se il criterio adottato è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è da ritenere che l'amministrazione possa affinare i criteri indicati nel bando, onde richiedere ai concorrenti elementi specifici più appropriati in relazione alle particolarità tecnico-economiche delle offerte.

Resta fermo, in ogni caso, che, nel corso della negoziazione, vige l'obbligo di garantire la parità di trattamento tra tutti i concorrenti, nonché il divieto di fornire informazioni in maniera discriminatoria che possano avvantaggiare determinati operatori rispetto ad altri.

3.2 Le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara

La seconda ipotesi di procedura negoziata prevista dal Codice è quella non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara, la cui disciplina si rinviene nell'art. 57.

Tale norma individua le ipotesi tassative nelle quali le amministrazioni sono legittimate a ricorrere alla procedura negoziata senza bando, sancendo, tuttavia, un obbligo di motivazione in ordine alla scelta di utilizzare tale eccezionale metodo di scelta del contraente.

Pertanto, nella delibera o determina a contrarre, la stazione appaltante è tenuta ad indicare la sussistenza di tutti i presupposti giuridici e di fatto legittimanti il ricorso alla negoziata *ex art. 57*.

Infatti, come chiarito dalla giurisprudenza comunitaria, si tratta di una procedura che deroga al normale principio di concorrenzialità che domina la materia degli appalti pubblici, e, pertanto, i casi in cui essa è legislativamente consentita sono tassativi e da interpretarsi restrittivamente, con onere dell'amministrazione di motivare espressamente la sussistenza dei presupposti giustificativi (*cf.* Corte di Giustizia CE, 8 aprile 2008, n. 337).

Le fattispecie in cui è ammessa la procedura in parola per l'affidamento di lavori, servizi e forniture sono elencate nei commi 2, 3, 4 e 5 dell'articolo in commento, sono le seguenti:

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”*.

Tale ipotesi è sostanzialmente analoga alla fattispecie di cui al precedente art. 56, comma 1, lett. a); qualora la gara vada deserta per la mancata presentazione di offerte o candidature, o per la carenza di offerte appropriate, e cioè conformi ai desiderata della stazione

Obbligo di motivare il ricorso alla negoziata, indicando i presupposti e le circostanze che giustificano tale procedura

Gara deserta

appaltante, quest'ultima potrà avviare una procedura negoziata senza pubblicazione del bando.

Anche in tal caso, nella negoziata non possono essere modificate le condizioni iniziali del contratto, quali il prezzo, il criterio di aggiudicazione, l'oggetto della prestazione da affidare; inoltre, anche per l'ipotesi in esame, ove si tratti di appalto di lavori, il ricorso alla negoziata è consentito esclusivamente per appalti di importo inferiore ad un milione di Euro.

Non sussistono, invece, limiti di importo per servizi e forniture

b) “Qualora per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, per cui l'appalto può essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato”.

Affidamento ad operatore determinato

La procedura negoziata senza bando per l'affidamento di lavori, servizi e forniture è consentita quando sussistano motivi di natura tecnica, artistica o relativi alla tutela di diritti esclusivi, in base ai quali il contratto può essere affidato esclusivamente ad un soggetto determinato, che sia l'unico in grado di fornire o realizzare l'oggetto dell'appalto.

Una ipotesi simile era già prevista dall'art. 41, n. 2, R.D. n. 827/1924 cit., nonché dall'art. 7, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 157/1995 e dall'art. 3, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 158/1995 (disciplinante gli appalti nei settori *ex esclusi*).

Secondo la giurisprudenza formatasi su tali disposizioni, da ritenersi tutt'ora valida con riferimento all'art. 57, la fattispecie dell'“operatore economico determinato” non può essere invocata quando il soggetto aggiudicatario si limiti ad affermare che l'attività dell'aggiudicatario non risulti esercitata da altre imprese, senza però compiere alcuna preventiva indagine di mercato (*cf.* Corte dei Conti, Sez. contr., 20 gennaio 1992, n. 5); non è sufficiente, cioè, un mero e generico richiamo alla previsione legale (*cf.* Corte dei Conti, Sez. contr., 25 maggio 1992, n. 31).

Sempre secondo il Giudice contabile, per giustificare la ragione tecnica dell'affidamento, rileva qualsiasi circostanza anche di mero fatto, purché idonea a convertirsi in ragione tecnica (*cf.* Corte dei Conti, Sez. contr., 7 maggio 1981, n. 1149).

Obbligo di motivare l'unicità dell'affidatario

Di contro, non appaiono rilevanti le ragioni di convenienza operativa, di opportunità amministrativa o di vantaggio economico, essendo necessario che si versi in situazioni obiettivamente identificabili e riconducibili ad esigenze tecniche, in relazione alle quali sussista l'assoluta necessità di un esecutore determinato (*cf.* Corte dei Conti, Sez. contr., 15 luglio 1983, n. 1370).

Secondo il Consiglio di Stato, le ragioni tecniche possono afferire, oltre che a condizioni soggettive del contraente privato, anche a condizioni oggettive, cioè estrinseche alla struttura dell'organizzazione imprenditoriale.

Occorre, però, che:

1) tali condizioni si fondino su presupposti obiettivi e oggettivamente identificabili;

- 2) si tratti di ragioni veramente tecniche e non di altro genere, quali potrebbero essere ragioni di mera convenienza economica;
- 3) vi sia un nesso di necessaria consequenzialità tra le ragioni tecniche e l'affidamento dell'appalto ad un determinato imprenditore, nel senso che l'aggiudicazione dell'appalto a quel determinato operatore economico appaia non solo utile, ma anche necessaria;
- 4) non ricorrano quelle condizioni di complementarietà, accessorietà o reiterazione di attività simili, che danno luogo ad altre ipotesi specifiche di procedura negoziata (cfr. Cons. Stato, Sez. I, 13 giugno 1980, parere n. 271).

Il Giudice amministrativo ha, altresì, evidenziato che la motivazione circa la necessità della procedura negoziata con un unico imprenditore deve essere rigorosa e non inficiata da vizi logici.

Non è, dunque, sufficiente, ad esempio, affermare che un insieme di lavori è complesso e delicato per dimostrare che esso deve necessariamente essere affidato ad un solo imprenditore; né basta, a detti fini, affermare che il lavoro o il servizio o la fornitura abbiano caratteristiche tecniche particolari. Occorre, invece, dimostrare che un determinato soggetto sia l'unico imprenditore nella Comunità a disporre del *know-how* necessario per eseguire la prestazione.

I presupposti per il ricorso alla procedura negoziata ricorrono soltanto quando si tratti di qualità talmente particolari dell'impresa da farla apparire, sia sotto il profilo delle maestranze altamente specializzate, sia per gli strumenti tecnologici di cui dispone, sia per il prodotto o il servizio offerto, come l'unica in grado di eseguire un'opera o una prestazione dalle caratteristiche tecniche assolutamente particolari, sì che l'art. 57, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 163 del 2006 trova applicazione in casi del tutto anomali, quali quelli di prestazioni infungibili o rese in posizioni monopolistiche (cfr. TAR Lazio Roma, Sez. III, 16 gennaio 2010, n. 286).

E' stato, ad esempio, ritenuto legittimo l'affidamento a procedura negoziata ad operatore determinato, del servizio di creazione di una rete intranet con tecnologia Ip tra le postazioni telefoniche di una struttura ospedaliera, sulla considerazione che le ragioni di natura tecnica possono essere individuate anche in livelli tecnologici e progetti di modernizzazione tali da richiedere, in capo all'appaltatore, qualificatissime ed elevate referenze ed esperienza nel settore in cui rientra l'appalto da affidare (cfr. TAR Lazio Roma, Sez. III, 8 agosto 2006, n. 7102).

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”.*

Estrema urgenza

La procedura negoziata per ragioni di urgenza, per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, è una fattispecie ben conosciuta al Legislatore nazionale (cfr. art. 41, n. 5, R.D. n. 827/1924 cit.; art. 24, legge n. 109/94 cit.); tuttavia, in sede di recepimento delle direttive appalti del 2004, il concetto di urgenza viene affinato e specificato,

anche al fine di limitarne l'utilizzo ad ipotesi in cui vi sia un'urgenza obiettiva.

Infatti, viene previsto che il ricorso alla negoziata per estrema urgenza, presuppone la contestuale sussistenza di tre condizioni:

- 1) che l'urgenza derivi da eventi imprevedibili;
- 2) che l'urgenza non sia compatibile con i termini ordinari, necessari ad espletare una normale procedura di gara;
- 3) che l'urgenza non sia riconducibile a colpe o negligenze dell'ente appaltante.

In particolare, secondo l'elaborazione giurisprudenziale, deve trattarsi di un'urgenza qualificata ed improvvisa, deve ricorrere una obiettiva ed imprevedibile impossibilità di acquisire la prestazione da altri operatori, e l'urgenza non deve essere addebitabile ad inerzia dell'amministrazione.

Si riportano di seguito alcuni esempi concreti tratti dalle più recenti pronunzie del G.A.:

- non costituisce valida causa dell'estrema urgenza dell'affidamento diretto di un servizio, l'attesa della decisione del Consiglio di Stato di conferma dell'annullamento di tutti gli atti di gara disposto dal TAR in primo grado, in quanto trattasi di circostanza chiaramente imputabile ad illegittimità riconducibili alla responsabilità dell'amministrazione appaltante (*cf.* TAR Piemonte Torino, Sez. II, 26 marzo 2010, n. 1597);
- se la S.A. non si dà un'adeguata programmazione e non decide per tempo come sostituire alla scadenza un rapporto di appalto, non può ritenersi autorizzata a procedere con la negoziata per motivi d'urgenza (*cf.* *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882);
- non costituisce urgenza il generico riferimento al tempo richiesto per indire una gara (*cf.* Cons. Stato, Sez. VI, 4 giugno 2009, n. 3448);
- tra le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza, non imputabili alla stazione appaltante, non rientra il periodo feriale e la conseguente minore operatività degli uffici, che evidentemente non costituisce fatto imprevedibile, idoneo a legittimare l'utilizzo di un sistema eccezionale di scelta del contraente (*cf.* Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2009, n. 5426).

Per gli appalti di forniture, il comma 3 dell'art. 57 prevede ulteriori ipotesi di ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando.

a) *“Qualora 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”.*

b) *“Nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche*

Presupposti del ricorso alla negoziata per estrema urgenza

Ipotesi in cui è da ritenersi esclusa l'urgenza

Prodotti fabbricati a scopo di ricerca e sviluppo

Forniture complementari

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”.

Tale fattispecie si riferisce all’ipotesi in cui l’amministrazione scelga di ricorrere al fornitore originario per l’acquisizione di una ulteriore commessa, al fine di evitare, ad esempio, la fornitura di un’attrezzatura o di un mezzo di caratteristiche difformi dalla precedente, da parte di altri soggetti eventualmente individuati mediante nuova gara.

La norma in esame sembra presupporre l’omogeneità dei beni oggetto della consegna e/ o fornitura, tant’è che il Legislatore prevede il ricorso al fornitore originario proprio al fine di evitare che le amministrazioni acquistino beni e materiali tecnicamente differenti rispetto all’oggetto dell’appalto originario, differenze queste che potrebbero cagionare eccessive difficoltà tecniche.

Il ricorso a tale procedura deve, come previsto dal comma 1 dell’art. 57, essere adeguatamente motivato, con particolare riferimento alle difficoltà tecniche di uso o di manutenzione derivanti dal mutamento di fornitore; la durata dei contratti originari e di quelli stipulati a seguito della negoziata non può di regola superare i tre anni.

c) *“Per forniture quotate o acquistate in una borsa di materie prime”.*

Forniture quotate

Questa ipotesi di procedura negoziata non trova riscontro nelle disposizioni previgenti al Codice, essendo stata introdotta per la prima volta con la direttiva 2004/18.

Trattasi di fattispecie in cui la stazione appaltante acquista direttamente le materie prime di cui abbisogna in base a listini prefissati.

d) *“Per l’acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l’attività oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato preventivo, di una liquidazione coatta amministrativa, di un’amministrazione straordinaria di grandi imprese”.*

Acquisto da imprenditore in liquidazione o fallimento o altre procedure analoghe

Anche in tale ipotesi corre l’obbligo della stazione appaltante di motivare adeguatamente l’utilizzo della procedura negoziata che, di fatto si risolve in un affidamento diretto, facendo espresso riferimento alle condizioni finanziarie del fornitore che giustificano l’acquisto a condizioni particolarmente vantaggiose rispetto ai prezzi di mercato.

Infine, i commi 4 e 5 dell’art. 57 prevedono ulteriori ipotesi di ricorso alla negoziata senza bando per lavori e servizi.

a) *“Qualora il contratto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso”*

Concorso di progettazione

In caso di pluralità di vincitori del concorso, la norma dispone che tutti i vincitori devono essere invitati alla negoziata.

b) *“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*

Lavori e servizi complementari

servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera".

Ai fini del ricorso a tale ipotesi di negoziata, il comma 5 lett. a.1) ed a.2), richiedono il rispetto delle seguenti condizioni:

1. 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 S.A., ovvero, pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento;

2. il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per servizi o lavori complementari non deve superare il 50% dell'importo del contratto originario.

Con riferimento ai lavori pubblici, per lavori complementari, debbono intendersi i lavori aventi natura extra-contrattuale, e cioè quei lavori che, di fatto, costituiscono opere ulteriori rispetto a quelle originariamente previste in contratto (un classico esempio è costituito da un ulteriore tratto di galleria ovvero da un ulteriore svincolo stradale), ma che sono divenuti indispensabili per la completezza tecnica e funzionale dell'opera nel suo complesso. Tale chiarimento rileva al fine di distinguere i lavori complementari rispetto all'ipotesi in cui, nel corso dell'esecuzione, emerge la necessità di realizzare maggiori opere, aventi carattere contrattuale (es., maggiori consolidamenti per realizzare un tratto di galleria previsto nel progetto originario; maggiori fondazioni per realizzare la strada originariamente prevista).

In tal 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.

Sulla definizione dei lavori complementari, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che sono da ritenersi "complementari" soltanto quelle opere che da un punto di vista tecnico - costruttivo rappresentano una integrazione dell'opera principale, saldandosi inscindibilmente con essa sì da giustificare l'affidamento e la relativa responsabilità costruttiva ad un unico esecutore (cfr. Cons. Giust. Amm., Sez. giurisdiz., 20 maggio 2000, n. 295).

Inoltre, *"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"* (cfr. TAR Campania Napoli, Sez. I, 2 agosto 1996, n. 350).

Al riguardo sono stati ritenuti lavori complementari, nell'ambito di un appalto per la realizzazione di una tangenziale, le opere di costruzione di un nuovo raccordo che unisce vari tratti stradali al fine di migliorarne la viabilità, in vista del sicuro aumento del flusso

Distinzione tra lavori complementari e lavori in variante

Definizione di lavori complementari

veicolare derivante dall'apertura di un nuovo polo fieristico nella zona interessata dall'opera principale (cfr. TAR Lombardia Milano, Sez. III, 3 novembre 2004, n. 5575).

Con riguardo, poi, alla nozione di servizi complementari, valgono le medesime considerazioni svolte per i lavori con riguardo alle condizioni ed ai limiti per il ricorso a tale ipotesi di procedura negoziata.

Quanto al concetto di "circostanza imprevista", in mancanza di indicazioni giurisprudenziali, la norma, dal dato testuale molto generico, sembra riferirsi a situazioni, eventi e/o circostanze impreviste o non prevedibili al momento dell'aggiudicazione del contratto originario. In altre parole, deve trattarsi di situazioni di fatto, sopravvenute nel corso dell'esecuzione della prestazione principale, che non potevano essere previste al momento del primo contratto, e che hanno determinato la necessità di eseguire opere o servizi complementari.

Nozione di circostanza imprevista

c) *"Per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta"*.

Ripetizione di servizi analoghi

La versione originaria di tale prescrizione contemplava anche l'ipotesi della procedura negoziata per lavori analoghi, fattispecie successivamente abrogata dal d.lgs. n. 113/07 (cd. secondo correttivo del Codice).

Le condizioni per il ricorso a tale ipotesi di negoziata sono le seguenti:

Condizioni per il ricorso all'affidamento dei servizi analoghi

- l'affidamento deve avere ad oggetto un nuovo servizio, consistente nella ripetizione di servizi analoghi già affidati allo stesso prestatore di servizio;
- tale servizio deve essere conforme ad un progetto di base, per il quale sia stato aggiudicato un primo appalto con gara ad evidenza pubblica (e quindi mediante procedura aperta o ristretta); sotto tale profilo non sembra ammissibile avvalersi di tale forma di negoziata quando affidamento originario si è realizzato con gara informale, affidamento in economia o procedura negoziata;
- il ricorso alla negoziata è ammissibile solo nei tre anni successivi alla stipulazione dell'appalto iniziale e deve essere stato indicato in occasione del primo appalto;
- il costo complessivo stimato dei servizi successivi deve essere stato considerato dalla S.A. per la determinazione del valore complessivo dell'appalto originario, ai fini dell'applicazione delle soglie comunitarie di cui all'art. 28, d.lgs. n. 163/06; tale prescrizione assume valenza ove venga correlata al divieto di illegittimo frazionamento degli appalti che possono essere affidati con un'unica gara. Il Legislatore, quindi, imponendo di calcolare l'importo dell'affidamento originario sulla base del valore degli

eventuali servizi analoghi, ha inteso evitare l'indebito frazionamento finalizzato alla sottrazione del contratto all'applicazione della normativa comunitaria.

Come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, il citato art. 57 prevede una nuova aggiudicazione mediante una procedura specifica (negoziata senza previa pubblicazione del bando) avente ad oggetto nuovi servizi in relazione ai quali il bisogno è eventuale e può sorgere solo dopo l'espletamento della gara originaria, e non deve essere confuso con l'istituto del rinnovo.

Sul punto, il Consiglio di Stato, con una recente pronuncia, ha chiarito che *“l'art. 57 del Codice dei contratti non fonda una nuova ipotesi di generale rinnovabilità dei contratti di servizi consistente nella ripetizione di servizi analoghi a quelli affidati all'esito di una gara, ma si riferisce soltanto ad eventuali esigenze di servizi analoghi sopravvenute nel triennio successivo alla stipula del contratto”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882).

La norma in parola, dunque, consente il ricorso alla ripetizione di servizi analoghi, in cui l'oggetto contrattuale deve essere, appunto, analogo, cioè con caratteristiche non identiche a quelle del contratto originario.

L'affidamento di servizi analoghi non equivale a rinnovo

3.2.1. Modalità di svolgimento della procedura negoziata senza pubblicazione di un bando

Il comma 6 dell'art. 57 del Codice stabilisce che, qualora sia possibile, l'ente appaltante individua, tramite informazioni desunte dal mercato, almeno tre soggetti idonei da invitare alla negoziazione.

Tale prescrizione ha carattere soltanto eventuale (“ove possibile”), ciò in quanto, in alcuni casi, la negoziazione è di fatto ad esecutore determinato, come nel caso dei lavori complementari o della ripetizione di servizi analoghi, mentre in altri casi l'amministrazione deve valutarne la concreta possibilità, potendosi per esempio verificare che l'esigenza di tutelare l'incolumità pubblica abbia un'urgenza tale da non consentire neppure la negoziazione con tre imprese oppure che sussistano ragioni di natura tecnica talmente rilevanti (es., un'opera imprevista da eseguire all'interno della stessa sezione di scavo) per le quali l'affidamento debba necessariamente avvenire ad opera dell'originario esecutore.

Nei casi in cui non si tratti di affidamento ad esecutore determinato, l'amministrazione sceglie almeno tre imprese in possesso della qualificazione richiesta, sulla base delle informazioni di cui dispone circa i soggetti operanti nel mercato; è però stabilito che debba essere rispettato il criterio della rotazione, individuando soggetti diversi rispetto a quelli invitati alla negoziazione originaria.

I soggetti individuati sono invitati a presentare offerta sugli elementi ritenuti opportuni (prezzo ovvero anche altri elementi) e, successivamente, si apre la fase di negoziazione nella quale

l'amministrazione richiede tutti gli ulteriori miglioramenti ritenuti utili per l'affidamento dell'appalto.

3.3 Le procedure negoziate per l'affidamento di lavori pubblici fino a 500.000 Euro

Ulteriori ipotesi di procedura negoziata senza pubblicazione del bando sono previste, per l'affidamento di lavori pubblici, dall'art. 122, commi 7 e 7-bis, del Codice.

In particolare, l'art. 122, comma 7, riproducendo il contenuto dell'oggi abrogato art. 24, comma 1, lett 0a), legge n. 109/94, consente l'affidamento di lavori pubblici fino a 100.000 Euro mediante procedura negoziata, senza richiedere specifiche motivazioni per il ricorso all'utilizzo di tale eccezionale procedura.

La giurisprudenza, tuttavia, ha chiarito che il ricorso alla negoziata va comunque giustificato (anche nelle ipotesi di lavori di importo inferiore a 100.000 Euro) e di tale giustificazione va data esternazione; *“il metodo della trattativa privata, infatti, rappresenta comunque una eccezione ai principi di libera concorrenza, e dunque di rispetto, al contempo, della pari condizione dei potenziali interessati e dell'interesse della Amministrazione alla convenienza economica dei lavori. Sicché il passaggio derogatorio da un metodo competitivo ad un metodo monopolistico come la trattativa privata, che per definizione è atto a restringere potenzialmente la cura di detti immanenti interessi, deve trovare e avere una manifesta ragione legittimante”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2008 n. 2803).

Tuttavia, il dato testuale della disposizione è chiaro nel prevedere il ricorso alla negoziata al sussistere del solo presupposto economico.

Il comma 7 non prevede espressamente che la negoziata debba avvenire previo espletamento di una gara informale; tuttavia, considerato il richiamo ai principi di economicità, *par condicio*, trasparenza e pubblicità contenuto nell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 163/06, cui debbono essere improntati tutti gli affidamenti di contratti pubblici, appare di certo opportuno che la stazione appaltante svolga in ogni caso un confronto concorrenziale, consultando un numero minimo di operatori economici.

Il comma 7-bis dell'art. 122, introdotto dall'art. 1, comma 10-*quinquies*, della legge 201/2008, allo scopo di fronteggiare la crisi nel settore delle opere pubbliche e di semplificare le procedure d'appalto per i lavori sotto soglia, prevede che i lavori di importo complessivo pari o superiore a 100.000 ed inferiore a 500.000 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 dell'art. 57, comma 6.

In questo caso, l'invito deve essere rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tale numero.

Procedura negoziata per lavori fino a 100.000 Euro

Obbligo di motivazione

Gara informale sotto i 100.000 Euro: opportunità

Procedura negoziata per lavori da 100.000 a 500.000 Euro

Con tale novella, il Legislatore ha fornito alle amministrazioni appaltanti uno strumento alternativo alle classiche procedure ad evidenza pubblica, alla luce della recente situazione di crisi economico-finanziaria.

4. L'accordo quadro

L'accordo quadro costituisce un'altra delle rilevanti novità introdotte dal Legislatore comunitario con le direttive appalti del 2004.

Di fatto, l'accordo quadro è una modalità procedurale già conosciuta in ambito comunitario (vedi direttiva 93/38, disciplinante gli appalti nei settori dell'acqua, energia, trasporto e telecomunicazioni) e nell'ordinamento nazionale previgente che prevedeva l'accordo quadro per i soli settori *ex* esclusi all'art. 16, del cessato d.lgs. n. 158/95.

Tale ultima disposizione, tuttavia, restringeva l'ambito di applicazione dell'accordo agli appalti sopra la soglia comunitaria e non prevedeva espressamente l'obbligo per le stazioni appaltanti che intendessero avvalersi dell'accordo quadro, di applicare i principi dell'evidenza pubblica, rendendo, pertanto, l'istituto di applicazione residuale.

Con le direttive appalti 2004/17 e 2004/18, il Legislatore UE si pone come obiettivo, oltre che semplificare ed unificare la normativa in materia di contratti pubblici, anche quello di modernizzare l'attività dei soggetti appaltanti pubblici, introducendo modalità e sistemi di scelta del contraente diretti a snellire e razionalizzare gli affidamenti.

In questa direzione si inserisce l'accordo quadro disciplinato dall'art. 32 della direttiva "settori ordinari" che così dispone: "*Gli Stati membri possono prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di concludere accordi quadro seguendo le regole di procedura previste dalla direttiva in tutte le fasi fino all'aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo quadro*".

Trattasi, dunque, di istituto a recepimento facoltativo che è stato adottato dal Legislatore italiano.

La peculiarità dell'accordo quadro sta proprio nella sua denominazione, in quanto il termine "accordo" sembrerebbe poter ricondurre l'istituto ad un contratto di tipo privatistico, ad una fattispecie di natura consensuale fondata proprio su una contrattazione tra le parti, estranea, dunque, ai principi dell'evidenza pubblica.

E infatti, in vigenza del d.lgs. n. 158/95, la dottrina aveva affrontato la questione della natura giuridica degli accordi quadro, negando che si trattasse di appalti pubblici, ed affermandone la natura di contratti, assimilabili a negozi di diritto privato, in cui i termini e le condizioni di esecuzione non erano fissati in via preventiva, bensì volta per volta con i singoli affidamenti stipulati a valle dell'accordo quadro (*cf.* G. Vizzari, L'accordo quadro, in *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, CEDAM, p. 581 e ss.).

La giurisprudenza amministrativa però aveva negato tale configurazione, affermando che con l'accordo quadro la S.A. effettua

una scelta del contraente *una tantum* per tutte le prestazioni oggetto dell'accordo e prevede in tale accordo il programma di realizzazione delle prestazioni e delle opere (cfr. TAR Umbria Perugia, 13 novembre 1998, n. 1041).

Il termine accordo, dunque, viene usato impropriamente perché nell'accordo quadro non c'è un'attività di tipo negoziale tra S.A. e operatori economici, come disciplinata dal Codice civile, bensì una procedura selettiva assoggettata ai principi dell'evidenza pubblica.

Infatti, nell'XI considerando della direttiva 2004/18, è previsto che anche gli appalti a valle vengano affidati nel rispetto dei principi comunitari generali ed in particolare della *par condicio*.

L'accordo quadro viene definito dall'art. 3, comma 4, d.lgs. n. 163/06, come *“un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste”*; la specifica disciplina dell'istituto si rinviene nell'art. 59 del Codice.

Si tratta, come sopra rilevato, di uno strumento di snellimento e semplificazione per le amministrazioni, in quanto, attraverso apposita procedura ad evidenza pubblica, la stazione appaltante seleziona una o più imprese alle quali, in un determinato periodo e con determinate modalità, affiderà tutti gli appalti inerenti un settore specifico della sua attività.

Circa l'ambito di applicazione della procedura, l'accordo quadro è ammesso per forniture e servizi, mentre, per quanto concerne i lavori, esso è ammesso unicamente per le manutenzioni.

Deve trattarsi, in ogni caso, di affidamenti aventi carattere ripetitivo e/o seriale.

Inoltre, il ricorso a tale istituto è vietato per l'affidamento della progettazione e degli altri servizi di natura intellettuale.

Ai sensi dell'art. 59, comma 9, la durata dell'accordo quadro non può eccedere i quattro anni, salvo casi eccezionali, debitamente motivati in base all'oggetto del contratto.

Pertanto, nei casi in cui un'amministrazione intenda determinare la durata di un accordo quadro per un termine eccedente i quattro anni, essa è tenuta ad esplicitare, nella delibera o determina a contrattare, un'adeguata e specifica motivazione, che dia conto dell'esigenza di tale maggiore termine in relazione all'accordo quadro da concludere (per es.: perché le caratteristiche dell'oggetto dell'accordo quadro da concludere impongono tale maggiore termine ai fini dell'esecuzione di una prestazione con caratteristiche di unitarietà).

Dal punto di vista procedimentale, la disciplina in tema di accordi quadro è articolata in due distinte fasi.

La prima fase è volta alla conclusione dell'accordo, che può essere stipulato con uno o più operatori; in tale fase, le amministrazioni aggiudicatrici, ai fini dell'individuazione dei soggetti con cui stipulare l'accordo, sono tenute ad adottare una delle procedure disciplinate dal

Definizione di accordo quadro

Con l'accordo quadro la S.A. individua una o più ditte cui affidare una serie di appalti nel corso di un arco temporale pluriennale

L'accordo quadro può essere stipulato per servizi, forniture e lavori di manutenzione

L'accordo quadro non può avere durata superiore a 4 anni

L'accordo quadro si articola in due fasi: la prima diretta a stipulare l'accordo con uno o più operatori; la seconda ad affidare agli operatori che hanno stipulato l'accordo i singoli contratti a valle

Codice (aperta o ristretta; negoziata con bando nei settori speciali), nonché uno dei criteri di aggiudicazione ivi previsti (offerta economicamente più vantaggiosa o prezzo più basso).

Nel bando di gara l'amministrazione dovrà necessariamente indicare il numero dei soggetti che saranno scelti quali titolari dell'accordo quadro, ed anche gli ulteriori criteri per la loro individuazione (ad es. i cinque migliori classificati) e per l'individuazione dei prezzi e delle altre condizioni da porre a base dei successivi affidamenti a valle (ad es.: la media dei prezzi offerti dai soggetti risultati titolari dell'accordo).

Altro principio generale è stabilito dal comma 3 dell'art. 59, secondo cui, una volta scelti gli operatori economici parti dell'accordo quadro, allorché successivamente l'amministrazione proceda agli affidamenti di ciascun appalto, non potranno essere apportate modifiche sostanziali alle condizioni fissate in tale accordo.

La *ratio* di tale disposizione appare chiara: poiché il numero dei partecipanti alle gare risulta assai limitato per un certo numero di anni, il Legislatore, al fine di evitare abusi o violazioni della *par condicio*, esige che tutte le condizioni degli appalti a valle risultino già predeterminate, almeno nella loro parte sostanziale, nell'accordo quadro.

In particolare, dalle prescrizioni dell'art. 59 sembra discendere che le procedure finalizzate alla conclusione dell'accordo quadro debbono condurre alla predeterminazione di un doppio ordine di elementi essenziali:

- a) i prezzi unitari da porre a base dei successivi affidamenti;
- b) la descrizione delle modalità di esecuzione delle prestazioni da affidare.

Da tale impostazione deriva che:

- qualora il criterio di aggiudicazione dell'appalto sia quello del prezzo più basso, i prezzi a base d'asta devono comunque essere quelli fissati nell'accordo quadro, con eventuali marginali ritocchi;

- qualora il criterio prescelto sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, agli offerenti possono essere richiesti ulteriori elementi tecnici, a condizione che non siano tali da stravolgere in maniera sostanziale le condizioni e le modalità esecutive predeterminate nell'accordo stesso.

La seconda fase della procedura è finalizzata alla stipula degli affidamenti attuativi degli accordi quadro (cd. affidamenti a valle) e si distingue a seconda che l'accordo quadro sia stato concluso con uno o più soggetti.

Nell'ipotesi di accordo stipulato con un unico contraente, gli appalti basati sull'accordo sono aggiudicati alle condizioni ivi fissate; la committente può soltanto consultare in forma scritta l'operatore parte dell'accordo originario, chiedendogli di completare le parti dell'offerta presentata, eventualmente non ancora definite, fatto salvo il divieto di apportare modificazioni sostanziali alle condizioni

Negli affidamenti dei contratti a valle dell'accordo quadro, è vietato modificare in maniera sostanziale le condizioni ivi fissate

Nell'accordo quadro con un unico operatore, la S.A. può soltanto invitare l'impresa a completare l'offerta originaria

precedentemente fissate nell'accordo stesso (ad es. con riferimento ai quantitativi, che sono stabiliti nell'accordo quadro solo "se del caso"). Qualora, invece, l'accordo venga stipulato con più operatori (il cui numero non può essere inferiore a tre, a condizione che vi sia un tale numero di operatori economici che soddisfino i criteri di selezione e/o di offerte accettabili in base ai criteri di aggiudicazione fissati), sono previste due ipotesi distinte.

La prima ipotesi si realizza nel caso in cui nell'accordo quadro sono state già stabilite tutte le condizioni di ogni singolo appalto "a valle"; in tal caso questo può essere affidato ad uno qualunque dei soggetti firmatari dell'accordo, senza avviare un nuovo confronto competitivo tra le parti.

In tale fattispecie, il Codice ha stabilito che, al fine di consentire la scelta dell'operatore economico cui affidare il singolo appalto, l'accordo quadro deve contenere l'ordine di priorità tra i vari operatori economici (ad es. l'ordine in cui si sono classificati alla gara per l'affidamento dell'accordo quadro), nonché il criterio di rotazione per l'assegnazione di ogni singolo appalto, al fine di garantire la *par condicio*.

In questa ipotesi, è da ritenere che tutti gli appalti affidati a rotazione debbano avere le medesime condizioni tecniche ed economiche fissate nell'accordo quadro; ciò in quanto, non venendo avviato un confronto concorrenziale tra i soggetti che hanno stipulato l'accordo quadro, tutti gli affidamenti debbono avere condizioni omogenee, anche ai fini della *par condicio* tra gli operatori che hanno stipulato l'accordo con la S.A..

In luogo della rotazione, l'amministrazione può altresì indicare nell'accordo quadro che i successivi appalti verranno affidati attraverso un ulteriore confronto competitivo tra tutti i titolari del medesimo accordo-quadro.

Nell'ipotesi in cui, invece, nell'accordo quadro non sono state fissate tutte le condizioni relative agli appalti a valle, l'amministrazione è obbligata a rilanciare il confronto competitivo fra i soggetti che hanno stipulato l'accordo.

In quest'ultima ipotesi, il confronto deve avere ad oggetto sia le condizioni non predeterminate, sia, eventualmente, altre condizioni dell'accordo quadro indicate a discrezione dell'amministrazione.

Il confronto competitivo deve svolgersi secondo la seguente procedura, come disciplinata dal comma 8 dell'art. 59:

- a) per ogni appalto da aggiudicare, le stazioni appaltanti consultano per iscritto gli operatori economici che sono in grado di realizzare l'oggetto dell'appalto;
- b) le stazioni appaltanti fissano un termine sufficiente per presentare le offerte relative a ciascun appalto e il tempo necessario per la trasmissione delle stesse;
- c) le offerte sono presentate per iscritto e il loro contenuto deve rimanere segreto fino alla scadenza del termine previsto per la loro presentazione;

Nell'accordo quadro con più operatori, sono previste due ipotesi distinte...

Ipotesi in cui tutte le condizioni degli appalti a valle sono determinate nell'accordo quadro

Ipotesi in cui le condizioni degli appalti a valle non sono state tutte fissate nell'accordo quadro

Procedura per rilanciare il confronto competitivo tra gli operatori che hanno stipulato l'accordo quadro

d) le stazioni appaltanti aggiudicano ogni appalto all'offerente che ha presentato l'offerta migliore sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel capitolato d'onere dell'accordo quadro.

5. Il dialogo competitivo

Come dianzi evidenziato, con le direttive appalti del 2004, il Legislatore comunitario ha introdotto procedure ed istituti a carattere fortemente innovativo, tra i quali merita attenzione il dialogo competitivo.

Tale istituto si distingue per il ruolo che viene attribuito ai privati, con i quali l'amministrazione avvia un dialogo di natura tecnica volto ad individuare la soluzione più adeguata a soddisfare le esigenze della stazione appaltante, superando le oggettive e non imputabili carenze informative del soggetto aggiudicatore, connesse alla realizzazione di opere di particolare complessità.

E, infatti, come si legge nel XXI considerando della direttiva 2004/18/CE, *“Le amministrazioni aggiudicatrici che realizzano progetti particolarmente complessi possono trovarsi nell'impossibilità, non per carenze a loro imputabili, di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridico/finanziarie. Tale situazione può in particolare verificarsi per l'esecuzione di importanti progetti di infrastruttura di trasporti integrati, di grandi reti informatiche, di progetti che comportano un finanziamento complesso e strutturato, di cui non è possibile stabilire in anticipo l'impostazione finanziaria e giuridica. Nella misura in cui il ricorso a procedure aperte o ristrette non consenta di aggiudicare detti appalti, occorre prevedere una procedura flessibile che salvaguardi sia la concorrenza tra operatori economici sia la necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di discutere con ciascun candidato tutti gli aspetti dell'appalto”*.

La nozione di dialogo competitivo è fornita dall'art. 1, par. 11, lettera c), della direttiva 2004/18, recepito dall'art. 3, comma 39, del Codice, che definisce l'istituto come *“una procedura nella quale la stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi, avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte; a tale procedura qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare”*.

La specifica disciplina dell'istituto si rinviene nel successivo art. 58, norma che si trova, al momento, in stato di sospensione in attesa dell'emanazione del regolamento di attuazione del d.lgs. n. 163/06.

Infatti, secondo quanto previsto dall'art. 253, comma 1-quater, del Codice, per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e speciali, le disposizioni sul dialogo competitivo, di cui all'art. 58, si applicano alle procedure i cui bandi siano pubblicati

**Definizione del dialogo
competitivo**

successivamente all'entrata in vigore del suddetto regolamento, ovvero 180 giorni dopo la sua pubblicazione sulla G.U.R.I..

Il dialogo competitivo costituisce una nuova tipologia di procedura di gara, come previsto dall'art. 54, comma 1, del Codice, che va ad aggiungersi a quelle già esistenti (aperta, ristretta e negoziata), costituendo, quindi, una ulteriore forma di individuazione del contraente rispetto alle ordinarie modalità di scelta.

La caratteristica principale di tale procedura consiste nel coinvolgimento delle imprese in settori caratterizzati da una particolare complessità, rispetto ai quali le amministrazioni non sono in grado di formulare con precisione, al momento della pubblicazione del bando, i termini dell'appalto, né posseggono le necessarie conoscenze per individuare le soluzioni tecnico-finanziarie che il mercato è potenzialmente in grado di offrire.

In linea con la disciplina comunitaria, il Legislatore nazionale ha attribuito a tale procedura di affidamento un carattere del tutto eccezionale e residuale, posto che la regola generale è che l'amministrazione dovrebbe essere sempre in grado di valutare la modalità più adeguata a realizzare il pubblico interesse da porre a base dell'appalto, procedendo allo studio di fattibilità ed eventualmente alle successive fasi di progettazione.

Quanto ai presupposti per il ricorso al dialogo competitivo, condizione fondamentale per l'applicazione di tale procedura, oltre a quello di ritenere che l'esperimento di una normale procedura di gara sarebbe infruttuoso ai fini dell'aggiudicazione, consiste nella necessità di affidare un appalto particolarmente complesso.

Tale condizione si verifica in due ipotesi alternative, e cioè quando la stazione appaltante (art. 58, comma 2):

- 1) non è oggettivamente in grado di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi;
- 2) non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto (appalto o concessione).

Il Codice, a titolo esemplificativo, identifica come particolarmente complessi quegli appalti per i quali l'amministrazione *“non dispone, per fatti oggettivi, ad essa non imputabili, di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni o all'individuazione dei mezzi strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, alle caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e all'analisi dello stato di fatto e di diritto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, nonché sulle componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche”* (art. 58, comma 2, ultimo periodo)

In buona sostanza, l'amministrazione non dispone o non è in condizione di predisporre neppure lo studio di fattibilità dell'opera.

L'assenza degli studi e la connessa impossibilità di attuarli devono comunque avere carattere oggettivo, non potendosi ricollegare a carenze od inadempienze dell'amministrazione.

Il dialogo competitivo è una procedura di individuazione del contraente che si affianca alla procedura aperta, ristretta e negoziata

Il dialogo competitivo è una procedura eccezionale e residuale, perché può utilizzarsi quando si ritenga che le altre procedure non consentano l'affidamento

Quando un appalto può definirsi particolarmente complesso

Tale impostazione, di fatto, circoscrive la possibilità di ricorso al dialogo competitivo ad ipotesi di elevatissima complessità, per le quali l'apporto creativo e progettuale dei concorrenti risulta indispensabile fin dalla fase ideativa dell'intervento.

E infatti, lo stesso art. 58, al comma 3, stabilisce che la delibera a contrattare dell'amministrazione deve contenere una specifica motivazione in ordine alla sussistenza dei predetti requisiti; ciò costituisce un significativo strumento di controllo in ordine alla legittimità e razionalità delle scelte dell'amministrazione.

Peraltro, viene previsto che il ricorso al dialogo competitivo, limitatamente agli appalti di lavori, è subordinato al previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, ad eccezione dei lavori relativi alle grandi infrastrutture.

Per i lavori afferenti beni culturali, viene, invece, richiesto anche il parere del Consiglio superiore dei beni culturali.

I suddetti pareri non sono vincolanti per l'amministrazione appaltante e sono resi entro 30 giorni dalla richiesta; decorso tale termine, la S.A. può procedere con l'avvio del dialogo.

Con riguardo agli appalti di forniture e servizi non viene prevista una limitazione analoga in termini di controllo preventivo circa l'applicabilità del dialogo competitivo.

Il dialogo competitivo si articola, in sintesi, in tre fasi:

a) Selezione dei candidati

L'amministrazione aggiudicatrice pubblica il bando di gara, eventualmente accompagnato da un documento descrittivo, in cui rappresenta le proprie necessità ed i propri obiettivi, ed indica i requisiti di ammissione che i concorrenti devono possedere per la partecipazione al dialogo, il criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nonché il termine per la presentazione delle domande di partecipazione.

Successivamente, la S.A. procede alla selezione dei candidati sulla base dei predetti requisiti che, in questa fase, in assenza di documentazione progettuale di riferimento, devono ritenersi commisurati agli obiettivi che l'amministrazione si propone di realizzare e di cui, inizialmente, essa non può che avere una visione di larga massima.

b) La fase del dialogo

Terminate le operazioni di selezione dei candidati, l'amministrazione avvia con gli stessi un "dialogo", finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità.

Innanzitutto, è previsto che, durante il dialogo, la S.A. non possa rivelare agli altri concorrenti le soluzioni proposte, né altre informazioni riservate comunicate dagli stessi, salvo aver acquisito il loro previo consenso (art. 58, comma 8).

Il dialogo perciò ha luogo, di regola, non in forma collettiva, bensì individuale e riservata.

**Il ricorso al dialogo competitivo
va sempre motivato nella
delibera o delibera a contrarre**

Le fasi del dialogo competitivo

Il principio di riservatezza

Inoltre, al fine garantire la parità di trattamento tra i partecipanti, è fatto divieto alla committente di fornire, in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni operatori rispetto ad altri.

Nel corso del dialogo, la stazione appaltante, applicando i criteri di aggiudicazione precisati nel bando di gara o nel documento descrittivo, può avvalersi della facoltà, che va prevista in bando, di ridurre progressivamente il numero di soluzioni da discutere (art. 59, comma 9) e può articolare il dialogo per sub-fasi, finché non sia in grado di individuare, eventualmente dopo averle confrontate, la soluzione o le soluzioni presentate dai partecipanti che possano soddisfare le proprie necessità o obiettivi.

L'art. 59 consente, inoltre, all'amministrazione di concludere questa fase con la scelta di una o più soluzioni da porre a base della successiva gara. Peraltro, dal disposto della norma sembra ammettersi che l'amministrazione possa anche prevedere nel bando che, a conclusione della fase del dialogo, porrà a base della successiva gara un'unica soluzione risultante però dalla fusione di elementi contenuti in più soluzioni.

La fase del dialogo può anche concludersi infruttuosamente, ovvero senza che venga individuata una soluzione effettivamente rispondente alle necessità indicate dall'amministrazione.

In tale ipotesi, ai sensi dell'art. 59, comma 11, le stazioni appaltanti sono esonerate da qualsivoglia responsabilità, ed hanno unicamente l'obbligo di informare tempestivamente i partecipanti circa le ragioni della decisione di non proseguire la procedura; ai concorrenti, peraltro, non spetta alcuna forma di indennizzo o risarcimento, fatta salva l'ipotesi in cui il bando abbia previsto premi od incentivi per la partecipazione alla procedura stessa.

c) Gara in senso tecnico

Dopo aver dichiarato concluso il dialogo, le stazioni appaltanti invitano i candidati a presentare le loro offerte finali in base alla o alle soluzioni prescelte.

Nell'ipotesi in cui la procedura si concluda con l'individuazione di una pluralità di soluzioni idonee a soddisfare gli obiettivi dell'amministrazione (ciò quando la S.A. le ritenga tutte idonee a soddisfare le sue finalità e, perciò, tali da consentire l'aggiudicazione al progetto sviluppato sulla base dell'una o dell'altra), sarà necessario disciplinare la gara, considerato che il confronto tra le varie offerte avverrà necessariamente su basi eterogenee.

Da qui, l'esigenza, prevista dall'art. 58, comma 13, che, in tale sede, vengano articolati criteri di attribuzione dei punteggi tali da rendere omogenea la valutazione delle offerte presentate in base alle diverse soluzioni.

E' previsto, poi, che l'offerta deve presentare tutti gli elementi richiesti ed indispensabili per l'esecuzione del progetto; dunque, sotto il profilo tecnico, l'offerta deve contenere un progetto di livello esecutivo e, comunque, tutti gli elementi perché l'opera o la prestazione siano effettivamente eseguibili.

La S.A. può concludere il dialogo scegliendo uno o più soluzioni

Nel corso dello svolgimento della gara, su richiesta della stazione appaltante, le offerte presentate possono essere ulteriormente chiarite, precisate e perfezionate, purché ciò non comporti una modifica degli elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto posto a base di gara; ciò onde evitare effetti discriminatori per i concorrenti (art. 58, comma 14).

Al termine della procedura, le stazioni appaltanti, dopo aver valutato le offerte ricevute sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara - o nel documento descrittivo - e di quelli messi a punto "a valle" del dialogo, aggiudicano all'offerta economicamente più vantaggiosa.

Una volta individuata l'offerta migliore, le SS.AA. possono anche chiedere al concorrente selezionato ulteriori chiarimenti e precisazioni in merito; l'unico limite posto a tale attività di "rinegoziazione" dei contenuti dell'offerta attiene all'impossibilità di modificarne gli elementi fondamentali (art. 58, comma 16).

6. L'appalto a prestazioni integrate

Il Codice dei contratti pubblici innova in maniera significativa la disciplina relativa al c.d. "appalto integrato" che, nel sistema della legge Merloni (artt. 19 e 20, legge n. 109/94), era circoscritto a casi specifici, ed in particolare ai lavori con elevata componente impiantistica e tecnologica.

Infatti, come si evince dall'art. 3, comma 7 del d.lgs. 163/06, gli appalti pubblici di lavori sono definiti quali *"appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e definitiva e l'esecuzione, relativamente a lavori o opere rientranti nell'allegato I, oppure, limitatamente alle ipotesi di cui alla parte II, titolo III, capo IV, l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante o dall'ente aggiudicatore, sulla base del progetto preliminare della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore"*.

Secondo tale definizione, che recepisce quella elaborata dal Legislatore UE, nella nozione di appalto di lavori rientra non soltanto l'ipotesi di contratto avente ad oggetto l'esecuzione di lavori, ma anche l'ipotesi di appalto che ha per oggetto sia la esecuzione sia la progettazione di lavori, nonché la c.d. esecuzione con qualsiasi mezzo. Il recepimento della nozione comunitaria di appalto di lavori pubblici comporta il venir meno della terminologia nazionale che utilizzava le locuzioni appalto integrato e appalto concorso.

Tali ipotesi oggi confluiscono nell'unitaria nozione di appalto di lavori (in particolare di appalto di lavori a prestazioni integrate) e vengono liberalizzate rispetto ai casi tassativi originariamente previsti dagli artt. 19 e 20, legge n. 109/94.

Nell'assetto normativo del d.lgs. n. 163/06, dunque, non sono più previste le limitazioni fissate dalla disciplina previgente, limitandosi il

**Con il Codice il ricorso
all'appalto a prestazioni
integrate viene liberalizzato**

Legislatore a prevedere, all'art. 53, comma 2, che l'amministrazione è tenuta a motivare, nella delibera o determina a contrattare, le ragioni del ricorso all'appalto a prestazioni integrate, in rapporto alle esigenze tecniche, organizzative ed economiche del caso specifico.

L'articolo 53, comma 2, prevede nello specifico tre tipologie contrattuali per l'esecuzione di lavori:

a) contratti che hanno ad oggetto soltanto l'esecuzione dei lavori, sulla base di una progettazione esecutiva posta a base di gara. In tal caso, ai concorrenti viene richiesto di presentare esclusivamente offerte economiche ovvero offerte economiche ed eventuali altri elementi;

b) contratti che hanno ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base del progetto preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice. In tal caso, l'amministrazione pone a base di gara il proprio progetto definitivo ed aggiudica sulla base dell'offerta economica ed eventualmente di altri elementi; in questa ipotesi, dunque, l'aggiudicatario resta obbligato, prima dell'esecuzione dei lavori, ad elaborare la progettazione esecutiva, comunque soggetta all'approvazione dell'amministrazione (c.d. appalto integrato);

c) contratti che hanno ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, previa acquisizione in sede di gara del progetto definitivo da parte di tutti i concorrenti, elaborato sulla base del progetto preliminare dell'amministrazione. In tal caso, si ha una particolare forma di "appalto concorso", posto che il confronto tra i concorrenti avviene non soltanto sulla base delle offerte economiche, ma anche e soprattutto sulla base dell'elaborazione della progettazione definitiva.

Allo stato, tuttavia, l'affidamento mediante l'appalto a prestazioni integrate di cui all'art. 53, comma 2, lett. b) e c), del Codice, è sospeso per i settori ordinari fino all'entrata in vigore del regolamento di attuazione del Codice, ai sensi di quanto previsto dall'art. 253, comma 1-quinquies, del medesimo decreto n. 163.

L'appalto a prestazioni integrate è, invece, già applicabile per i settori speciali; ciò in quanto l'art. 53, commi 1, 2, 3, 4, è espressamente richiamato dall'art. 206 del Codice, tra le norme che trovano applicazione agli appalti di cui alla Parte III, e cioè ai settori speciali.

Quanto ai settori ordinari, nelle more dell'entrata in vigore del regolamento di attuazione, continua ad applicarsi la disciplina previgente, contenuta nell'art. 19 della citata legge Merloni.

Ai sensi di tale norma, è consentito il ricorso all'appalto avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici qualora si tratti di contratti relativi a:

- 1) lavori di importo inferiore a 200.000 Euro
- 2) lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 60% del valore dell'opera
- 3) lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici
- 4) lavori di importo pari o superiore a 10 milioni di Euro.

L'appalto a prestazioni integrate è sospeso, per i settori ordinari, fino all'entrata in vigore del regolamento di attuazione

Per l'affidamento dell'appalto integrato, la gara è indetta sulla base di un progetto definitivo (art. 19, comma 1-bis).

L'appaltatore che partecipa ad un appalto integrato deve possedere, oltre ai requisiti per l'esecuzione dei lavori, anche quelli relativi alla progettazione previsti dal bando o deve avvalersi di un progettista qualificato alla realizzazione del progetto esecutivo individuato in sede di offerta o eventualmente associato.

Il bando deve indicare l'ammontare delle spese di progettazione esecutiva comprese nell'importo a base di appalto ed i requisiti richiesti al progettista, in conformità a quanto richiesto dalla normativa in materia di gare di progettazione; l'ammontare delle spese di progettazione non è soggetto a ribasso d'asta.

7. Le aste elettroniche

La *ratio* che ha ispirato il Legislatore nell'adozione di una apposita normativa in materia di aste elettroniche è senza dubbio quella della "semplificazione procedimentale" attraverso l'utilizzo di moderne tecnologie sostitutive del tradizionale supporto cartaceo.

Nell'ordinamento nazionale la materia era stata disciplinata, ben prima dell'emanazione delle direttive appalti del 2004, dal d.P.R. n. 101/02, decreto avente un ambito dispositivo ben più innovativo rispetto a quello adottato dal Legislatore comunitario.

In ogni caso, il regolamento di cui al citato d.P.R. n. 101 cit. – sebbene temporalmente anteriore alle direttive e al Codice degli appalti – può considerarsi norma attuativa e di dettaglio in tema di gare "assistite" da supporto informatico e tecnologico, sia sopra che sotto soglia comunitaria, considerato, peraltro, che l'art. 85 e l'art. 253, comma 14, d.lgs. 163/06, rinviano al regolamento di attuazione la disciplina di dettaglio delle aste elettroniche, prevedendo, altresì, che nelle more continuino ad applicarsi le disposizioni di cui al d.P.R. n. 101/02 cit..

La peculiarità dell'asta elettronica, rispetto alle procedure tradizionali, è rappresentata dal fatto che il luogo in cui si svolgono le contrattazioni tra le amministrazioni committenti e gli operatori economici è puramente virtuale, in quanto accessibile solo via internet.

Il Codice dei contratti definisce l'asta elettronica all'art 3, comma 15, come *"un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso, e/o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico"*.

Per quanto attiene la procedura delle aste elettroniche, l'art. 85, comma 1, d.lgs. n. 163/06, prevede che l'asta è utilizzabile nelle procedure aperte, ristrette, o negoziate previo bando, nonché in occasione del rilancio del confronto competitivo tra le parti di un accordo quadro (vedi paragrafo 5 del presente capitolo).

Disciplina delle aste elettroniche

L'asta elettronica, quindi, non rappresenta una procedura autonoma, bensì una tecnica alla quale le amministrazioni possono ricorrere nell'ambito delle procedure ordinarie, di cui sono tenute ad applicare, pertanto, le norme relative a termini, pubblicità e modalità di presentazione delle offerte.

L'asta elettronica è una modalità di espletamento delle ordinarie procedure di scelta del contraente

Per tali caratteristiche, l'asta elettronica non può essere utilizzata per l'affidamento di servizi e lavori aventi ad oggetto prestazioni intellettuali (ad es., l'asta non potrà essere utilizzata nell'ambito del dialogo competitivo, considerato che questa procedura implica attività progettuale da parte delle imprese, e perciò non suscettibile di valutazioni meccaniche).

Il ricorso alle aste elettroniche è consentito unicamente quando le specifiche dell'appalto possono essere fissate in maniera precisa e la valutazione delle offerte sia effettuabile automaticamente attraverso un mezzo elettronico, sulla base di elementi quantificabili in modo tale da poter essere espressi in cifre o percentuali.

In sintesi, dalle disposizioni del Codice si evince che:

- a) l'asta elettronica è una fase di negoziazione che precede l'aggiudicazione di un appalto;
- b) ad essa si può ricorrere per i soli appalti le cui specifiche tecniche possono essere fissate in modo preciso dall'ente appaltante;
- c) si può dare luogo ad una gara *on line*, solo a condizione che gli elementi fondamentali delle offerte siano rappresentati dal prezzo o - in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - da altri fattori, purché quantificabili e suscettibili di valutazione in modo automatico.

In quest'ultimo caso, gli elementi di valutazione di cui all'art. 83 del Codice devono essere quantificabili meccanicamente secondo formule matematiche.

L'art. 85, al comma 8, prevede l'ipotesi che siano ammesse varianti al progetto dell'amministrazione, che, di fatto, costituiscono anch'esse attività progettuale; in tale ipotesi, l'amministrazione deve indicare le varianti ammissibili, nonché stabilire, per ciascuna di esse, una formula matematica idonea ad attribuire meccanicamente il relativo punteggio.

Circa la procedura, essa è strutturata in due fasi:

- a) la prima fase inizia con la pubblicazione di un bando di gara, con annesso capitolato d'oneri, da cui gli operatori interessati possono acquisire le necessarie informazioni concernenti la procedura di gara scelta dall'ente appaltante, le modalità di svolgimento dell'asta, le condizioni alle quali si può rilanciare (gli scarti minimi eventualmente richiesti per il rilancio), gli elementi i cui valori saranno oggetto di asta, gli eventuali limiti minimi e massimi dei valori degli elementi dell'offerta (nel caso in cui l'appalto debba essere aggiudicato tramite l'offerta economicamente più vantaggiosa), le prescrizioni tecniche relative al dispositivo elettronico utilizzato e le informazioni che saranno messe a disposizione degli offerenti nel corso dell'asta

Le fasi della procedura elettronica

elettronica, con eventuale indicazione del momento in cui saranno messe a loro disposizione.

L'asta deve svolgersi in un'unica seduta e con predeterminazione nel bando dell'ora di chiusura.

Successivamente, i concorrenti formulano le offerte cartacee in modo del tutto tradizionale, allegando tutta la documentazione a corredo dell'offerta stessa (autocertificazioni, cauzione provvisoria, contribuzione all'Autorità, etc.), nelle quali indicano il/i prezzo/i offerti ed eventualmente gli ulteriori elementi richiesti.

Prima di procedere all'asta elettronica, le stazioni appaltanti effettuano in seduta riservata una prima valutazione completa delle offerte presentate, con le modalità stabilite nel bando di gara ed in conformità al criterio di aggiudicazione prescelto.

b) La seconda fase si apre con l'invito, per via elettronica, rivolto a tutti gli offerenti ammessi a partecipare all'asta presentando nuovi prezzi e/o nuovi valori; nell'invito sono indicate data e ora di inizio dell'asta e tutte le informazioni necessarie al collegamento individuale.

Qualora il criterio sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'invito è corredato del risultato della valutazione completa dell'offerta presentata dal concorrente, mentre la formula matematica, ivi indicata, integra la ponderazione di tutti i criteri stabiliti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa (quale indicata nel bando o negli altri atti di gara); a tal fine, le eventuali forcelle (esempio: ammissibilità del tempo offerto non inferiore e non superiore a determinate entità) devono essere precedentemente espresse con un valore determinato.

L'asta si svolge in unica seduta e non può mai avere inizio prima che siano trascorsi due giorni lavorativi dall'invio degli inviti.

Vige, peraltro, l'obbligo per l'ente appaltante di comunicare costantemente e in tempo reale a tutti i partecipanti la rispettiva classificazione, sin dall'atto dell'avvio dell'asta elettronica.

L'ente appaltante ha facoltà di stabilire negli atti di gara che, nel corso dell'asta, renderà visibile a ciascun partecipante il contenuto delle offerte presentate dagli altri partecipanti alla gara.

Costituisce ulteriore facoltà per la S.A. rendere noto il numero dei partecipanti alla gara; è stabilito, peraltro, il divieto perentorio in ogni caso di rendere nota l'identità degli altri concorrenti a ciascun offerente fino all'aggiudicazione.

Durante lo svolgimento dell'asta, il dispositivo elettronico utilizzato dall'appaltante procede ad una riclassificazione automatica delle offerte in funzione dei nuovi prezzi e/o dei nuovi valori presentati, la cui formula matematica viene indicata già negli inviti.

L'asta si chiude nel giorno preventivamente indicato nel bando ed allo scadere dell'ora ivi fissata, senza possibilità per le amministrazioni di utilizzare altre procedure di chiusura dell'asta.

Alle aste elettroniche, come dianzi osservato, si applicano tutte le disposizioni applicabili alle procedure di individuazione del

contraente, incluse le norme in materia di verifica a campione dei requisiti (art. 48 del Codice) e di anomalia dell'offerta.

DIAGRAMMA DI FLUSSO PROCEDURA APERTA

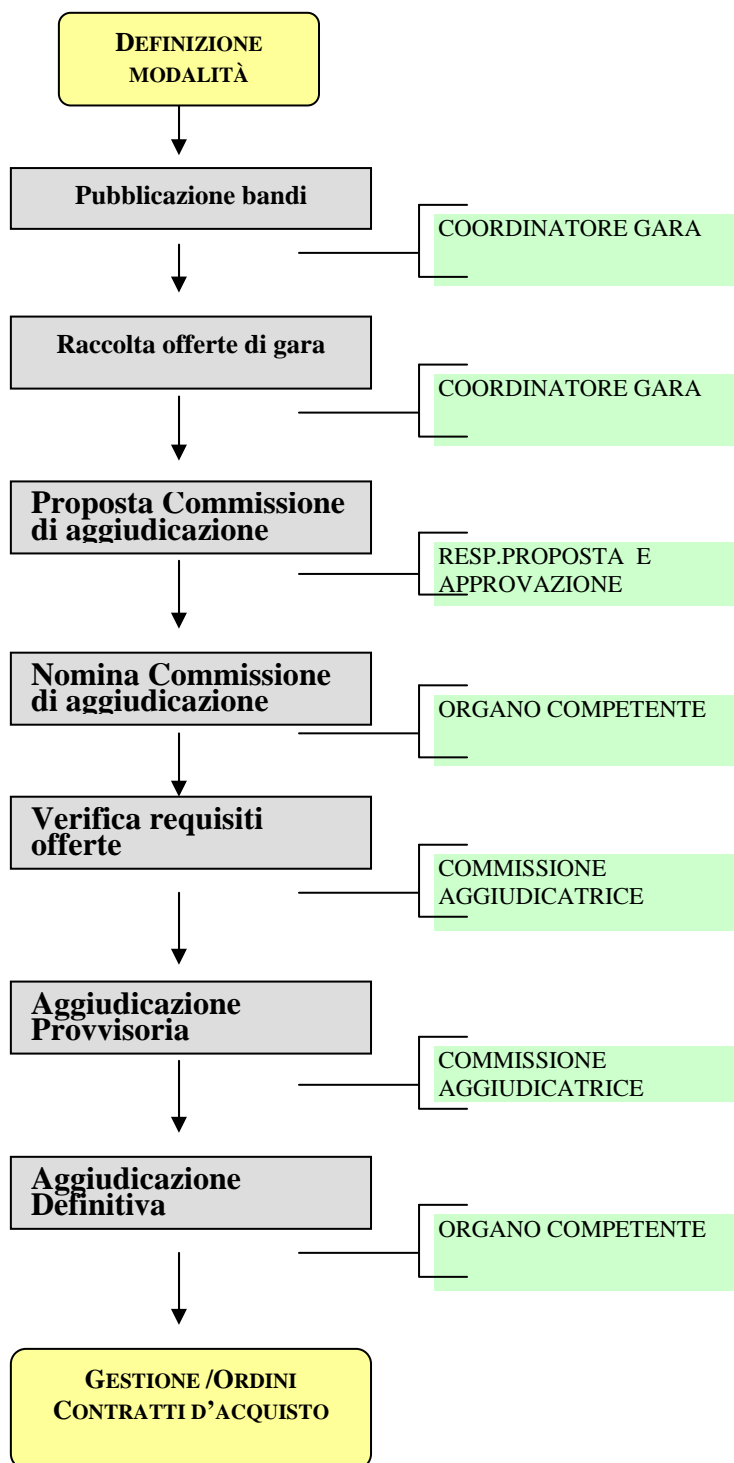
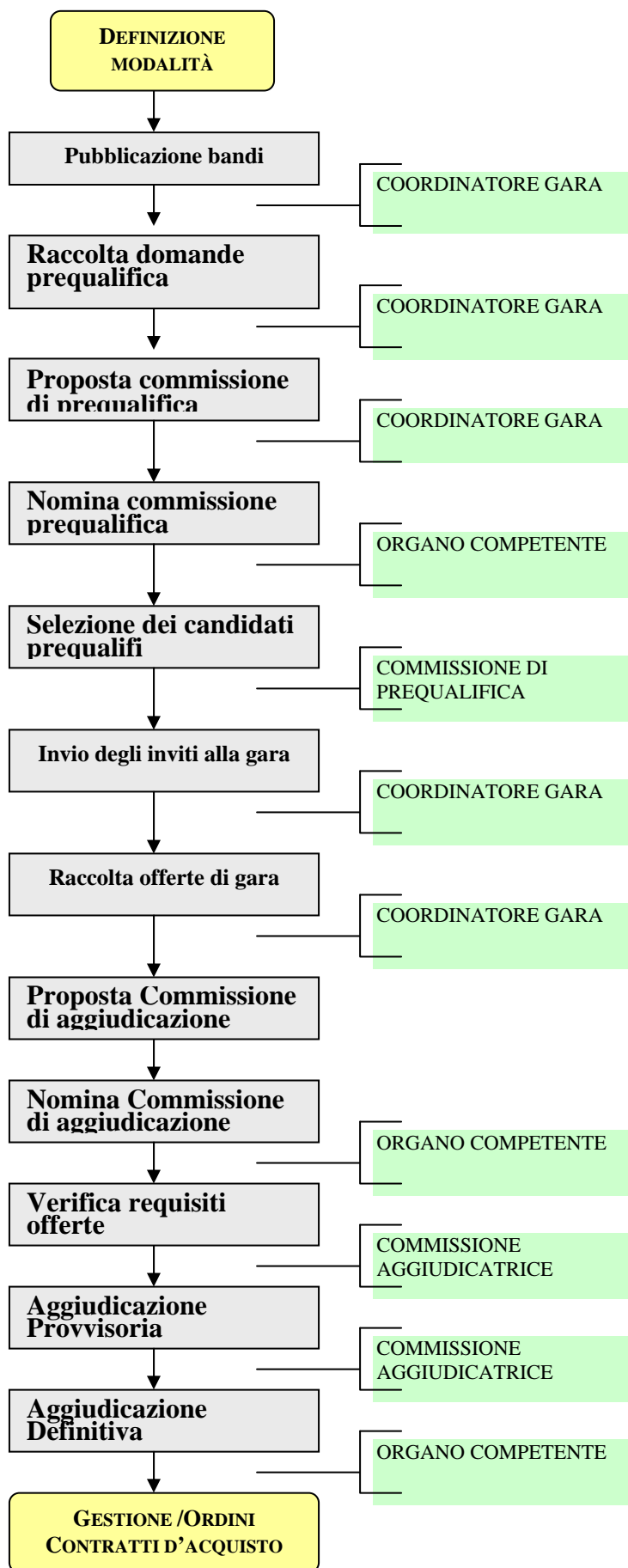


DIAGRAMMA DI FLUSSO PROCEDURA RISTRETTA



SCHEMA PROCEDURA ASTE ELETTRONICHE



CASI E MATERIALI

1. In caso di gara deserta o infruttuosa, per ricorrere alla procedura negoziata ex art. 56, comma 1, lett. a), e 57, comma 2, lett. a), è consentito apportare una lieve modifica al prezzo a base d'asta?

Nelle ipotesi in cui l'amministrazione indica una procedura negoziata sul presupposto della diserzione o dell'esito infruttuoso della gara ad evidenza pubblica in precedenza espletata, occorre che sia garantita l'omogeneità delle condizioni contrattuali fissate in occasione della prima gara, quali il prezzo, il criterio di aggiudicazione etc..

In altri termini, tale procedura, per essere legittima, postula che le condizioni richieste alle imprese invitate a partecipare alla negoziata non si configurino come sostanzialmente diverse rispetto a quelle già definite nella precedente fase della gara ad evidenza pubblica, inutilmente esperita, secondo quanto stabilito nel bando o nell'invito.

Al riguardo, in giurisprudenza è stato affermato che la novità della *lex specialis* va individuata con riferimento ai contenuti prestazionali dell'appalto e non al possesso dei requisiti di ammissione, anche in considerazione del fatto che, se una gara è andata deserta, ciò si è verosimilmente verificato per la previsione nel bando di condizioni di accesso troppo selettive, essendo, pertanto ragionevole l'allargamento del ventaglio dei possibili candidati operato attraverso l'apertura della gara anche a soggetti in precedenza esclusi dal novero dei possibili partecipanti (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 luglio 2002, n. 3790).

Tale giurisprudenza, anche se non si attaglia esattamente alla fattispecie in esame, fornisce, tuttavia, un principio fondamentale: le condizioni del contratto originario vengono mutate in modo sostanziale tutte le volte in cui la modifica sia tale da attirare l'effettivo interesse degli operatori economici presenti sul mercato a partecipare alla gara.

Di conseguenza, deve essere fatta una valutazione *ex post* circa la variazione delle condizioni dell'appalto, verificando se la stessa, ove fosse stata prevista nella *lex specialis* originaria, avrebbe consentito una più ampia partecipazione alla gara.

Di norma, la modifica, seppur minima, delle condizioni economiche poste a base d'asta è idonea ad indurre più soggetti a presentare offerta, di tal che non sembrerebbero sussistere i presupposti per il legittimo ricorso alla procedura negoziata di cui all'art. 57, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 163/06 e s.m.i., bensì quelli per l'espletamento di una nuova procedura pubblica.

2. Per ricorrere alla procedura negoziata per l'affidamento di lavori pubblici fino a 500.000 Euro occorre una specifica motivazione?

Il comma 7-bis dell'art. 122 dispone che i lavori di importo complessivo pari o superiore a 100.000 ed inferiore a 500.000 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 dell'articolo 57, comma 6. In questo caso, l'invito deve essere rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tale numero.

Le stazioni appaltanti, alla luce di tale norma, facendo esclusivamente riferimento al dato di valore nell'ambito degli affidamenti di lavori sino a 500.000 Euro, possono decidere, in base ad una propria valutazione discrezionale non sottoposta ad alcuna condizione, di aggiudicare un determinato appalto attraverso una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.

In altre parole, esse sono da ritenersi libere di decidere quale procedura seguire, gara pubblica o procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, essendo a ciò facoltizzate per espressa disposizione e volontà legislativa.

3. Cosa deve intendersi per servizio analogo, ai sensi dell'art. 57, comma 5, lett. b) del Codice?

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito il concetto di "servizio analogo", ritenendo che esso deve essere inteso non come identità, bensì come similitudine tra le prestazioni, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato ma al contrario l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità (cfr. TAR Brescia, Sez. I, 12 giugno 2009, n. 1204).

Ed ancora, *"il requisito dei «servizi analoghi» previsto dal bando di gara non può essere interpretato come limitato a servizi identici alle prestazioni oggetto dell'appalto, rendendosi in ogni caso necessaria una comparazione tra queste ultime e quelle indicate dai concorrenti al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria"* (cfr. TAR Torino Sez. II 16 gennaio 2008 n. 40).

In particolare, il G.A. ha chiarito che la ripetizione dei servizi analoghi non deve risolversi in uno strumento per aggirare l'ormai pacifico divieto di rinnovo.

Va poi notato che mentre il rinnovo del contratto si sostanzia nella riedizione del rapporto pregresso (generalmente in virtù di una clausola già contenuta nella relativa disciplina), la ripetizione di servizi analoghi di cui parla l'art. 57, comma 5, postula una nuova aggiudicazione (sia pure in forma negoziata) alla stregua di un progetto di base. Si tratta, dunque, di due istituti profondamente distinti: mentre il rinnovo risultava applicabile a qualsiasi rapporto e

comportava una ripetizione delle prestazioni per una durata pari a quella originariamente fissata nel contratto rinnovando, la ripetizione dei servizi analoghi comporta un nuovo e diverso vincolo contrattuale, con un diverso oggetto, come a tacer d'altro si ricava dal dato che la ripetizione può aver luogo solo nel triennio successivo alla stipula dell'appalto iniziale (vale a dire persino in pendenza del contratto originario, il quale può generalmente durare fino a quarantotto mesi). Rinnovo (vietato) e ripetizione dei servizi analoghi (ammessa a certe condizioni dal diritto di derivazione comunitaria) non sono pertanto istituiti sovrapponibili.

In particolare, *“un’attenta analisi dell’art. 57 conferma che questo non è indifferenziatamente applicabile a tutte le ipotesi in cui si tratti della “ripetizione di servizi analoghi”. Dal punto di vista letterale (a parte gli altri vincoli ai quali la ripetizione è subordinata) non deve infatti sfuggire che l’art. 57 del Codice dei contratti (analogamente alla corrispondente disposizione della direttiva 2008/14/CE) ha come oggetto una nuova aggiudicazione (sia pure in forma negoziata e senza previa pubblicazione di un bando) di “nuovi servizi”. La disposizione si riferisce, cioè, a servizi la cui esecuzione, al momento della indizione della gara originaria, è presa in considerazione solo a livello di mera eventualità perché, a quell’epoca, il relativo bisogno non esiste. E’ questa la ragione per la quale la disposizione, dal punto di vista letterale, parla di “nuovi servizi”: si tratta, appunto, di servizi in relazione ai quali il bisogno è eventuale e può sorgere solo successivamente alla gara originaria. Ed è per questo che la stazione appaltante, pur prendendoli in considerazione nel bando, non li assegna all’esito della corrispondente procedura concorsuale ma si riserva la facoltà di farlo nel triennio dalla stipula del contratto. Questa impostazione è confermata a livello sistematico. Se l’art. 57 del Codice dei contratti si riferisse a prestazioni della cui ripetizione vi fosse certezza sin dal momento della indizione della gara originaria (e quindi se la ripetizione in parola fosse indifferenziatamente applicabile a tutti i servizi), i relativi bandi dovrebbero prenderne in considerazione il valore anche dal punto di vista dei requisiti di qualificazione, mentre la disposizione in esame (al pari della corrispondente disposizione recata a livello comunitario) ne prevede il computo ai soli fini del principio di infrazionabilità surrettizia della soglia dell’appalto. I requisiti di partecipazione, anche in caso di possibile ripetizione ex art. 57, vengono dunque tarati solo sul valore certo dell’appalto (quello per il quale la gara è effettivamente celebrata) proprio perché la ripetizione, al momento della gara, non è affatto certa ma solo eventuale e destinata a conseguire ad una nuova, distinta (ed altrettanto eventuale) aggiudicazione (sia pure all’esito di una procedura negoziata). Se fosse diversamente, d’altronde, si darebbe luogo ad una restrizione del possibile novero dei partecipanti contraria al principio di proporzionalità poiché i requisiti di ammissione verrebbero a risultare inaspriti in funzione di un innalzamento dell’importo della gara che è invece solo eventuale*

(perché eventuale è la successiva assegnazione della ripetizione dei servizi analoghi). L'art. 57 del Codice dei contratti non fonda dunque una nuova ipotesi di generale rinnovabilità dei contratti di servizi consistente nella ripetizione di servizi analoghi a quelli affidati all'esito di una gara ma si riferisce soltanto ad eventuali esigenze di servizi analoghi (distinti dai servizi complementari) sopravvenute nel triennio successivo alla stipula del contratto”.