



# Progetto **APPALTI CHIARI**

PON Governance e Azioni di Sistema (FSE) 2007-2013

Obiettivo Convergenza

Asse E "Capacità istituzionale"

Obiettivo specifico 5.1 – Accrescere l'innovazione, l'efficacia e la trasparenza dell'azione pubblica

## **VADEMECUM**

sulle procedure di affidamento di contratti pubblici relativi a lavori,  
servizi e forniture nella Regione Sicilia

La prima stesura del Vademecum è stata realizzata nell'ambito del **Progetto Nuovi Traguardi - PON ATAS 2000 - 2006 Ob.1**, coordinatore dr.ssa Anna Gammaldi

L'aggiornamento, le integrazioni e la revisione grafica, sono state realizzate nell'ambito del Progetto Appalti Chiari, **Trasparenza e semplificazione nelle procedure di evidenza pubblica**

**Programma Operativo PON Governance e Azioni di Sistema (FSE) 2007-2013**  
Obiettivo 1 - Convergenza, coordinatore dr. Giuseppe Iannicelli

Hanno collaborato: avv. Filippo Bersani, dr. Carlo Buonauro, dr. Angela Chicone, avv. Stefania De Fraia, dr. Elvira Lupo, avv. Margherita Manna, dr. Pasquale Manna

## Presentazione della Seconda Edizione del lavoro "Breve vademecum sulle procedure di affidamento di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nella Regione Sicilia"

Il lavoro di revisione e di aggiornamento del vademecum, sul versante contenutistico, si è caratterizzato, per un verso, per l'opzione di conservazione dell'originaria impostazione in ragione della sua articolata e completa strutturazione; e, per altro verso, sulla necessità di intervenire su due fondamentali settore di riflessione.

\* \* \*

Il primo ambito di approfondimento è stato il tema del riparto di competenza legislativa nel settore degli appalti pubblici. Esso si articola nei seguenti passaggi essenziali:

### **1. Il complesso riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni nella disciplina degli appalti pubblici.**

La non menzione, nel novellato articolo 117 della Costituzione, della "materia" dei contratti pubblici (a differenza del pre-vigente articolo 117 Cost., il quale ricomprendeva tra le materie di potestà concorrente i "*lavori pubblici di interesse regionale*") ha da subito evidenziato come uno dei principali nodi problematici sotteso alla riforma della disciplina dei contratti pubblici di appalto – comunque necessaria per dare attuazione alle direttive europee n. 17/18 del 2004 - vada individuato nella necessità di un intervento legislativo rispettoso del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni. Peraltro è di tutta evidenza come siffatta questione rinvenga un ulteriore tasso di problematicità e criticità con riguardo alle regioni a Statuto speciale e segnatamente per quella siciliana in ragione delle peculiarità del suo sistema ordinamentale in materia di appalti pubblici.

In termini sintetici e schematici, po' ricordarsi come il decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) sul punto ha previsto, all'articolo 4, comma 2, cinque ambiti di asserita potestà legislativa concorrente (*programmazione di lavori pubblici, approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro*); ed al successivo comma 3 diciassette ambiti di potestà esclusiva statale (*qualificazione e selezione dei concorrenti; procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; criteri di aggiudicazione; subappalto; poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; attività di progettazione e piani di sicurezza; stipulazione ed esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; contenzioso*).

La giurisprudenza costituzionale già formatasi nel vigore della precedente disciplina del settore degli appalti pubblici, dal canto suo, aveva già tracciato le linee fondamentali di una corretta articolazione del potere legislativo in materia, secondo una triplice direzioni ermeneutica così schematizzabile;

- a) Attesa la trasversalità degli interessi inerenti al settore degli appalti pubblici, la mancata inclusione dei lavori pubblici nella elencazione dell'art. 117 Cost, diversamente da quanto sostenuto in numerosi ricorsi, non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti. Si delinea così una teoria del doppio binario, alla cui stregua la disciplina dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di interesse statale è di competenza dello Stato, mentre la disciplina dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di interesse regionale è di competenza delle Regioni. Pertanto, per stabilire gli ambiti materiali in cui le disposizioni indubbiamente trovano applicazione, lo scrutinio di legittimità costituzionale va condotto tenendo conto dell'effettivo contenuto precettivo delle singole disposizioni impugnate e non facendo riferimento al profilo soggettivo e, cioè, all'amministrazione che ha indetto la procedura di gara. Sul punto, la Corte Costituzionale già precisava che - per stabilire se una procedura fosse di spettanza legislativa statale ovvero regionale - non era possibile tracciare una netta linea di demarcazione che facesse unicamente perno sul profilo soggettivo, distinguendo le procedure di gara indette da amministrazioni statali da quelle poste in essere da amministrazioni regionali o sub-regionali: la individuazione delle sfere di competenza legislativa non può, infatti, essere determinata avendo riguardo esclusivamente alla natura del soggetto che indice la gara o al quale è riferibile quel determinato bene o servizio, in quanto, come è noto, occorre fare riferimento al contenuto delle norme censurate al fine di inquadrarlo negli ambiti materiali indicati dall'art. 117 Cost. (così la fondamentale decisione della Corte Cost. n. 303/2003 sulla la trasversalità degli interessi inerenti al settore degli appalti pubblici).
- b) A parziale correzione della prima linea interpretativa, deve tuttavia rimarcarsi la coesistenza, nel settore degli appalti pubblici, di altre materie di potestà legislativa esclusiva statale che interferiscono con la potestà legislativa regionale inerente l'ambito dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di interesse regionale, e tra esse in primis la "tutela della concorrenza", ma anche "l'ordinamento civile" e la "giurisdizione e norme processuali". In particolare, con specifico riferimento ai limiti relativi all'esercizio della legislazione statale in materia di concorrenza, i giudici delle leggi hanno chiarito che le procedure di evidenza pubblica hanno assunto un rilievo fondamentale per la tutela della concorrenza tra i vari operatori economici interessati alle commesse pubbliche, evidenziando al riguardo, da un lato, che si tratta di una competenza trasversale, che coinvolge più ambiti materiali, si caratterizza per la natura funzionale (individuando, più che degli oggetti, delle finalità in vista delle quali la potestà legislativa statale deve essere esercitata) e vale a legittimare l'intervento del legislatore statale anche su materie, sotto altri profili, di competenza regionale. Per altro verso, la stessa giurisprudenza ha chiarito che l'intervento del legislatore statale è legittimo se contenuto entro i limiti dei canoni di adeguatezza e proporzionalità, di tal che la norma statale che imponesse una disciplina tanto dettagliata da risultare non proporzionata rispetto all'obiettivo della

tutela della concorrenza costituirebbe una illegittima compressione dell'autonomia regionale. Il contemperamento dei due parametri è dunque affidato ai (labili) criteri della proporzionalità e dell'adeguatezza, atteso che, costituendo la tutela della concorrenza una cosiddetta materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, essa non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma trasversale, poiché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi – alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni – connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese.(cfr., da ultimo, Corte cost. n. 29/2006 secondo cui è evidente la necessità di basarsi sul criterio di proporzionalità-adequazione al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato". Pertanto, applicando tale criterio, vanno censurate quelle disposizioni statali che risultano così dettagliate da comportare una "illegittima compressione dell'autonomia regionale, poiché risulta ingiustificato e non proporzionato rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza l'intervento legislativo statale).

- c) Infine, lungo la medesima prospettiva di contemperamento degli ambiti di disciplina territoriale e di riaffermazione del principio di leale collaborazione istituzionale, è stato precisato che l'estensione agli acquisti sotto soglia di beni e servizi della normativa nazionale di recepimento della normativa comunitaria non implica per gli enti autonomi l'applicazione di puntuali modalità, ma solo l'osservanza dei principi desumibili dalla normativa in questione (cfr. per tutte, Corte Cost. sentenza n. 345/2004 in tema di legittimità costituzionale della legge n. 282/2002, nella parte in cui impone che la disciplina dell'acquisto di beni e servizi segua procedure di evidenza pubblica).

## **2. La sentenza n. 401 del 23 novembre 2007 della Corte costituzionale.**

L'oggettiva complessità della problematica e l'elevato livello di conflittualità connesso ai differenti indirizzi politici ha prontamente portato all'esame della Corte costituzionale anche il nuovo codice dei contratti pubblici

Come noto e già riferito nella prima versione del vademecum, assume portata paradigmatica la decisione contenuta in Corte cost. 23 novembre 2007 n. 401, i cui passaggi salienti, secondo autorevole dottrina (De Nictolis) sono così sintetizzabili :

- Non è configurabile né una materia relativa ai lavori pubblici nazionali né una materia afferente ai lavori pubblici di interesse regionale, né è possibile tracciare il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni secondo un criterio soggettivo, distinguendo tra gare indette da amministrazioni statali e regionali o subregionali.

- E' costituzionalmente legittimo l'art. 4, co. 3, primo periodo, d.lgs. n. 163/2006, che elenca gli ambiti di legislazione sui contratti della p.a. riconducibili alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, in quanto detti ambiti sono riconducibili alle materie <<tutela della concorrenza>>, <<ordinamento civile>>, <<giurisdizione e giustizia amministrativa>> che l'art. 117 Cost. attribuisce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

- La materia <<tutela della concorrenza>> di cui all'art. 117 Cost.: 1) ha <<**ambito**>> coincidente con la nozione comunitaria, inclusiva sia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, sia di interventi mirati a ridurre gli squilibri attraverso la creazione delle condizioni per la instaurazione di assetti concorrenziali, e dunque si definisce come concorrenza <<per>> il mercato (che impone la scelta del contraente con procedure di gara) e concorrenza <<nel>> mercato (attraverso la liberalizzazione dei mercati); 2) ha

<<**natura**>> <<trasversale>>, non presentando i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti; 3) consente al legislatore statale di dettare sia norme di principio che norme analitiche, ma rispettando <<**i limiti interni**>> costituiti dai canoni di ragionevolezza e proporzionalità delle singole disposizioni rispetto alla finalità perseguita.

In conclusione, il sindacato di costituzionalità sulle norme statali in materia di tutela della concorrenza si esplica attraverso un doppio livello, il primo volto a verificare se l'intervento normativo sia astrattamente riconducibile alla materia in questione, il secondo volto a verificare se le singole disposizioni, pur in astratto rientranti in detta materia, siano ragionevoli e proporzionate rispetto al fine perseguito. In applicazione del c.d. primo livello di verifica, con riguardo all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, sono riconducibili alla materia costituzionale <<tutela della concorrenza>> la procedura di evidenza pubblica finalizzata alla scelta del contraente e la vigilanza sul mercato dei contratti pubblici, sia sopra che sotto soglia comunitaria, e, segnatamente, i seguenti istituti e disposizioni: 1) le procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti; 2) le procedure di affidamento, esclusi i profili attinenti all'organizzazione amministrativa, ed esclusi, in particolare i criteri di scelta e di nomina delle commissioni di gara; 3) i criteri di aggiudicazione; 4) i criteri di aggiudicazione che devono presiedere all'attività di progettazione e alla formazione dei piani di sicurezza; 5) i poteri di vigilanza sul mercato degli appalti; 6) il subappalto;

### **3. Il seguito giurisprudenziale. Le Regioni a Statuto Speciale.**

Deve adesso darsi atto che l'articolata decisione del giudice costituzionale ha avuto notevole seguito sia nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, sia nella giurisprudenza amministrativa chiamata a dare concreta applicazione alle norme in questione.

Lungo la prima direttrice, appaiono meritevoli di considerazione una serie di recentissime sentenze dei giudici di Palazzo della Consulta, chiamate a pronunciarsi, in senso opposto rispetto al precedente del 2007, la conformità a Costituzione di alcune leggi regionali intervenute successivamente all'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici: tra queste, con specifico riferimento alle Regioni a Statuto speciale, merita menzione la sentenza della Corte Costituzionale n. Corte Costituzionale, 17 dicembre 2008, n. 411

In tale pronuncia la Corte ribadisce che la disciplina degli appalti pubblici, intesa in senso complessivo, include diversi "ambiti di legislazione" che «si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono»: in essa, pertanto, si profila una interferenza fra materie di competenza statale e materie di competenza regionale, che, tuttavia, «si atteggia in modo peculiare, non realizzandosi normalmente in un intreccio in senso stretto», ma con la «prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa» (sentenza n. 401 del 2007) in relazione agli oggetti riconducibili alla competenza esclusiva statale, esercitata con le norme recate dal d.lgs. n. 163 del 2006. Quanto alla identificazione dei predetti "ambiti di legislazione", è stato inoltre precisato che la disciplina delle procedure di gara e, in particolare, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione, ivi compresi quelli che devono presiedere all'attività di progettazione, mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento (sentenze n. 431 e n. 401 del 2007). Esse, in quanto volte a consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti,

sono riconducibili all'ambito della tutela della concorrenza, di esclusiva competenza del legislatore statale (sentenze n. 401 del 2007, n. 345 del 2004), che ha titolo pertanto a porre in essere una disciplina integrale e dettagliata delle richiamate procedure (adottata con il citato d.lgs. n. 163 del 2006), la quale, avendo ad oggetto il mercato di riferimento delle attività economiche, può influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa delle Regioni (sentenza n. 430 del 2007). Analogamente, la Corte ha riconosciuto che «la fase negoziale dei contratti della pubblica amministrazione, che ricomprende l'intera disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale, incluso l'istituto del collaudo, si connota per la normale mancanza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico, sostituiti dall'esercizio di autonomie negoziali e deve essere ascritta all'ambito materiale dell'ordinamento civile» (sentenza n. 401 del 2007), di competenza esclusiva del legislatore statale, che l'ha esercitata, anche in tal caso, adottando le disposizioni del predetto d.lgs. n. 163 del 2006.

Orbene, con riguardo al rapporto tra competenza legislativa statale e corrispondente potere normativo primario nelle regioni a Statuto speciale, si osserva come, sulla base di tali indicazioni, deve leggersi l'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale, nella parte in cui stabilisce che «le Regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione», impone anche alle Regioni ad autonomia speciale (in assenso di norme statutarie attributive di competenze nelle materie cui afferiscono le norme del Codice dei contratti) di conformare la propria legislazione in materia di appalti pubblici a quanto stabilito dal Codice stesso.

Appare pertanto decisivo il riferimento alle norme statutarie attributive di competenze nelle materie cui afferiscono le norme del Codice dei contratti; tanto è vetro che

- nel caso sottoposto all'esame della corte costituzionale, questa ha premesso che lo statuto della Regione Sardegna, all'art. 3, lettera e), attribuisce alla medesima una competenza legislativa primaria in materia di lavori pubblici di interesse regionale, alla quale, quindi, non appartengono le norme relative alle procedure di gara ed all'esecuzione del rapporto contrattuale: tali settori sono oggetto delle disposizioni del citato Codice, alle quali, pertanto, il legislatore regionale avrebbe dovuto adeguarsi. Donde la conclusione per cui, - avendo La Regione Sardegna, con le norme impugnate, legiferato in ambiti già espressamente ricondotti, dalla stessa Corte, per un verso, alla materia della "tutela della concorrenza", per altro verso, alla materia dell'"ordinamento civile", dettando una disciplina difforme rispetto a quella stabilita dal legislatore statale con il d.lgs. n. 163 del 2006, nell'esercizio delle proprie competenze esclusive, senza adempiere all'obbligo di adeguamento - tutte le impugnate norme regionali sono costituzionalmente illegittime per violazione dell'art. 3, lettera e), dello statuto, in quanto stabiliscono una disciplina difforme da quella nazionale, alla quale avrebbero dovuto adeguarsi alla stregua dell'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, in materie, quelle della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, estranee alla competenza legislativa regionale e riservate viceversa allo Stato.
- per quanto concerne la disciplina siciliana in materia di **lavori pubblici**, deve ricordarsi che questi ultimi nello Statuto della Regione Sicilia, approvato con legge costituzionale, sono indicati quale materia di legislazione esclusiva regionale.

Cosicché quando il legislatore regionale ha operato il rinvio alla normativa nazionale di settore (titolo I, art. 1, comma 1, della legge 7/2002), costituita prima di tutto dalla legge n. 109 dell'11 febbraio 1994, lo ha fatto contestualmente individuando alcune eccezioni o aree di *non recepimento* della normativa nazionale; contestualmente modificando, sostituendo o integrando specifiche parti della normativa nazionale; disponendo in via generale, per quanto concerne gli strumenti diversi dalla legge n. 109/94, la non applicabilità nel territorio della Regione di quelle parti incompatibili con la disciplina posta nella stessa legge regionale; e soprattutto disponendo l'applicazione della normativa nazionale "*nel testo vigente alla data di approvazione della presente legge*" (n. 7/2002).

In virtù dell'ultima condizione, il rinvio operato risulta dunque di carattere *statico*, cd. rinvio recettizio, il quale ha come conseguenza fondamentale l'invarianza – in linea di principio – della normativa recepita rispetto alle modifiche apportate alla fonte originaria.

\* \* \*

Il secondo settore di intervento ha interessato le rilevanti e frenetiche novità legislative intercorse nell'ultimo biennio e che hanno profondamente inciso il quadro normativo di riferimento.

Sul punto – ricordando che nella Regione siciliana il quadro normativo in materia di appalti pubblici prevede che il codice statale, per i lavori pubblici, trova un'applicazione molto selettiva, riguardante, in sostanza, solo gli istituti di diretta derivazione comunitaria – l'attenzione si è prevalentemente concentrata sulle novità introdotte dal cd. Terzo Correttivo (D. Lgs. n. 152/1008)

Tale interesse deriva dalla finalità di tale intervento correttivo che mira a fornire una risposta ai rilievi comunitari circa il perdurante contrasto tra la disciplina interna degli appalti pubblici e le previsioni comunitarie dettate al riguardo, di tal che, con specifico riferimento alla situazione siciliana, i relativi interventi del legislatore nazionale, in quanto espressione di norme comunitarie self-executing – pongono un delicato problema di generale operatività anche nelle Regioni a Statuto speciale. In sintesi, giova rilevare come, per un verso, la Commissione delle comunità europee, con una nota del 30 gennaio 2008 ha, ufficialmente, aperto la procedura d'infrazione relativa al Codice degli appalti che tocca una pluralità di disposizioni legislative assunte con il Codice degli appalti pubblici di cui al D.Lgs. n. 163/2006, in recepimento delle Direttive 17 e 18 (la possibilità di avvalersi della capacità di terzi; il dialogo competitivo; l'informazione dei candidati/offerenti; i criteri utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto; l'attribuzione diretta di appalti pubblici in caso di fallimento o di risoluzione del contratto; le disposizioni in materia di promotore; la realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire; i soggetti ai quali possono essere affidati i contratti pubblici; la partecipazione dei raggruppamenti temporanei di imprese e dei consorzi; la verifica della capacità dei candidati; l'iscrizione di fornitori o prestatori di servizi in elenchi ufficiali; la società pubblica di progetto; le concessioni relative alle infrastrutture strategiche; le regole applicabili alle infrastrutture strategiche nel settore dell'energia; gli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o locazione a terzi): Inoltre, La commissione ha anche rilevato una grande quantità di omissioni o riferimenti incrociati erronei ed alcune disposizioni non trasposte precisando che sulla base delle considerazioni esposte, considera che le



disposizioni indicate e inserite all'interno del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 costituiscano una violazione delle due direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Per altro verso, il D. Lgs. n. 152/2008 si segnala per le seguenti novità: 1) Criteri motivazionali nell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 1, comma 1, lettera u); 2) Esclusione dalle gare per false dichiarazioni del subappaltatore (art. 2, comma 1, lettera h.1); 3) Consorzi stabili (art. 2, comma 1, lettera f e g); 4) Esclusione automatica nel sottosoglia delle offerte anormalmente basse (art. 1, comma 1, lettera bb.2); 5) Disciplina delle c.d opere superspecializzate (art. 1, comma 1, lettera h); 6) Opere a scomputo (art. 1, comma 1, lettera f e lettera bb.1); 7) Project financing (art. 1, comma 1, lettera ee).

## INDICE

### **I – QUADRO DI RIFERIMENTO**

#### I.1 Fonti

I.2 La circolare della Regione Sicilia (Assessorato dei Lavori Pubblici) del 18 settembre 2006

I.3 La sentenza della Corte Costituzionale n. 401 del 23 novembre 2007

#### I.4 Conclusioni

### **II – SOGLIE DI VALORE STABILITE PER L'APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA COMUNITARIA E/O DI ATTUAZIONE**

#### III - CRITERI PER LA DETERMINAZIONE DEL VALORE DEL CONTRATTO

#### IV - APPALTI ESCLUSI DALL'APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA UNICA APPALTI E DALLA NORMATIVA INTERNA DI ATTUAZIONE

##### IV.1 Ambito di riferimento

##### IV.2 Disciplina applicabile

IV.3 La Comunicazione interpretativa della Commissione C 179/2 del 2006

#### V - LA DISCIPLINA APPLICABILE AI CD. CONTRATTI MISTI

#### VI - SISTEMI DI ACQUISIZIONE DI BENI E SERVIZI E SISTEMI DI REALIZZAZIONE DI LAVORI

#### VII - PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE

##### VII.1 Procedure cd. tradizionali

VII.1.1 Definizioni e fonti

VII.1.2 Procedure aperte e procedure ristrette

VII.1.3 Procedure negoziate

##### VII.2 Procedure cd. innovative

- VII.2.1 Considerazioni minime di sistema
- VII.2.2 Il dialogo competitivo
- VII.2.2 L'accordo quadro
- VII.2.3 Il sistema dinamico di acquisizione
- VII.2.4 L'asta elettronica
- VII.2.5 La centrale di committenza

## VIII - PROCEDURE PER L'AFFIDAMENTO DI CONTRATTI DI VALORE INFERIORE ALLA SOGLIA COMUNITARIA E/O DI ATTUAZIONE

### VIII.1 Appalti di lavori

### VIII.2 Appalti di servizi

### VIII.3 Appalti di forniture

## IX - METODI DI AGGIUDICAZIONE

### IX.1 Quadro generale

### IX.2 In particolare, circa il criterio del prezzo più basso

### IX.3 In particolare, circa il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

## X - ATTI DI GARA

### X.1 Generalità e contenuti

### X.2 Atti di gara nel caso di contratti per l'affidamento di lavori pubblici

### X.3 Soggetti ammessi a partecipare

### X.4 Requisiti di partecipazione

### X.5 Requisiti di partecipazione e qualificazione nei lavori pubblici

### X.6 L'istituto dell'avvalimento

### X.7 Criteri di valutazione

## XI - LE FASI DELLA PROCEDURA A' TERMINI DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

## XII - MOMENTI O ADEMPIMENTI PRINCIPALI DEL PROCESSO DI AFFIDAMENTO, AGGREGATI PER FASI OPERATIVE

### XII.1 In sintesi

### XII.2 Primo segmento: dalla programmazione dell'intervento all'indizione della procedura di affidamento

- a) Programmazione dell'intervento
- b) Definizione degli strumenti o documenti di progettazione necessari per l'espletamento della procedura e l'affidamento del contratto
- c) Delibera o determina a contrarre
- d) Definizione degli atti di gara
- e) Nomina del RUP (Responsabile Unico del Procedimento)
- f) Adempimenti, propedeutici all'espletamento della procedura, nei confronti dell'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici
- g) Adempimenti in materia di pubblicità dei bandi di gara

XII.3 Secondo segmento: dal bando pubblicato all'aggiudicazione della procedura

- h) Costituzione del seggio di gara (oppure, rimessione degli atti all'Ufficio Regionale per l'espletamento di gare per l'appalto di lavori pubblici)
- i) Verifica delle condizioni e dei requisiti di partecipazione
- j) Controllo a campione delle dichiarazioni rese dai concorrenti in ordine ai requisiti di partecipazione
- k) Valutazione comparativa delle offerte ammesse e individuazione dell'offerta maggiormente conveniente a' termini di bando (o della lettera di invito)
- l) Verifica delle offerte anormalmente basse
- m) Aggiudicazione provvisoria da parte del seggio di gara

XII.4 Terzo segmento: dall'aggiudicazione definitiva all'approvazione del contratto

- n) Aggiudicazione definitiva
- o) Verifica, in capo all'aggiudicatario e al secondo in graduatoria, dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica
- p) Adempimenti propedeutici, stipula del contratto di affidamento ed approvazione dello stesso

XIII - CENNI SU ALCUNE PROCEDURE SPECIALI

XIII.1 Concorsi di progettazione

XIII.2 Concorsi di idee

**I Appendice**

**La Procedura di Affidamento degli Incarichi di Progettazione di Ultima Soglia.**

**II Appendice**

**Proroga e Rinnovo dei Contratti Pubblici relativi a Lavori, Servizi e Forniture**

<b>Legenda:</b>	
<b>Servizi</b>	
<b>Forniture</b>	
<b>Lavori</b>	

## I – Quadro di riferimento

**I.1 Fonti** La disciplina normativa degli appalti pubblici presenta tradizionalmente una fisionomia piuttosto articolata e complessa, caratterizzata oltretutto da un tasso di dinamicità intrinseca probabilmente sconosciuto alla maggior parte degli altri settori dell'ordinamento.

*La  
complessità  
delle fonti*

Tale complessità, peraltro, è specialmente conseguenza, oltre che della tendenziale criticità e delicatezza della materia in sè, anche della pluralità e stratificazione delle fonti normative che tale disciplina concorrono a disegnare anche in un medesimo periodo temporale.

Nel caso di appalti di competenza di amministrazioni regionali, in particolare, operatori ed interpreti sono di volta in volta chiamati a ricercare le soluzioni per il caso concreto all'interno di un quadro normativo nel quale figurano: norme primarie della costituzione (nonchè, per le Regioni a statuto speciale, altre norme a carattere costituzionale); principi e norme direttamente derivanti dal Trattato CE; direttive europee di settore; norme di attuazione (e non) a carattere nazionale; norme di attuazione (e non) a carattere regionale; atti di natura generale e/o regolamentare adottati a livello di singoli comparti di una stessa Amministrazione regionale; nonché circolari interpretative o applicative di vario genere e profilo.

È noto che gli ultimi anni hanno registrato significativi interventi di sistematizzazione della materia, anche di amplissima portata, ad opera del legislatore comunitario, prima, nonchè del legislatore nazionale e di diversi legislatori regionali, poi.

*Interventi di  
sistematiz-  
zazione della  
materia*

Tali interventi, seppure indubbiamente volti alla razionalizzazione del sistema, hanno comportato e comportano inevitabilmente l'insorgere di problematiche interpretative di non poco conto, come peraltro non infrequentemente accade in sede di prima applicazione di un corpo normativo significativamente innovativo rispetto al passato.

Nella prospettiva di questa breve trattazione, speciale rilievo assume in particolare la questione della definizione dei rapporti reciproci fra i diversi sistemi normativi convergenti sulla materia.

La risposta alla prima tradizionale domanda che ogni interprete è chiamato di regola a porsi, ovvero quale sia la fonte normativa di riferimento per una determinata fattispecie, può infatti non di rado presentare alcuni aspetti problematici anche non di lieve entità.

*Il conflitto di  
attribuzioni:  
pronunzia  
della Corte  
Costituzionale*

A questo effetto di considerevole rilevanza risulta essere la recentissima pronunzia della Corte Costituzionale (n. 401 del 23 novembre 2007), chiamata a giudicare, in sede di giudizio per conflitto di attribuzioni promosso da alcune regioni a statuto ordinario nonchè dalla provincia autonoma di Trento, della legittimità costituzionale di diverse disposizioni del Codice dei contratti pubblici (introdotto con il d.lgs. 163 del 12 aprile 2006), sotto il profilo, prima di tutto, della conformità di tali disposizioni

rispetto al sistema di riparto di competenze fra Stato e Regioni disegnato nel Titolo V della Costituzione.

Alla considerazione delle singole fasi e dei singoli profili operativi che compongono le procedure di affidamento di appalti o comunque contratti pubblici, sembra dunque opportuno premettere una sia pur sintetica ricostruzione dell'assetto generale della materia, sotto il profilo delle fonti, per la Regione Sicilia.

Innanzitutto, il nucleo essenziale del quadro normativo di specifico riferimento risulta ad oggi così composto:

- Trattato CE:**
- libera concorrenza*
- parità di trattamento*
- non discriminazione*
- (a) **principi normativi derivanti direttamente dal Trattato istitutivo CE** in materia specialmente di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione (di cui, in primo luogo, agli art. 3, 81 e segg. e 90 del trattato)
- Direttiva Unica Appalti**
- (b) **direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE** del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, che coordinano la prima le procedure di appalto nei cd. settori speciali (*ex settori esclusi*: enti erogatori di acqua e di energia, ed enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali) e la seconda (cd. Direttiva Unica Appalti) le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi nei cd. settori ordinari;
- (c) **Commissione Europea - Comunicazione Interpretativa 23.6.2006** Sul diritto comunitario applicabile agli appalti pubblici non soggetti in tutto o in parte alle disposizioni delle direttive comunitarie sugli appalti Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici (G.U.U.E. 1 agosto 2006, n. C 179)
- Procedura di infrazione 2007/2309**
- (d) **Procedura d'infrazione 2007/2309 Incompleta trasposizione "Codice appalti"**. La procedura d'infrazione da parte dell'Unione Europea avverso il sistema italiano degli appalti pubblici (Decisione della Commissione 31.1.2008).
- (e) **direttiva 66/2007/CE** (di modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici), che, nell'uniformare la tutela processuale in materia di pubblici appalti nei singoli Stati membri, contiene significative novità in tema di procedure di affidamento. Il termine ultimo per la trasposizione è fissato nella data del 20 dicembre 2009.

(f) **Regolamento 30 novembre 2009 n. 1177 di modifica delle direttive del Parlamento europeo e del Consiglio**

**2004/17/CE, 2004/18/CE e 2009/81/CE** riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti. In vigore dall'1 gennaio 2010 (e immediatamente applicabile in Italia) il regolamento individua le nuove soglie comunitarie: 193.000 euro per la maggior parte degli appalti di forniture e servizi; 4.845.000 euro per i lavori. Il Codice dei Contratti (decreto legislativo 163 del 2006), ed in particolare gli articoli 28 e 215, saranno dunque modificati in tal senso, dall'1 gennaio. Di conseguenza, l'art. **28, comma 1, del Codice dei contratti** sarà modificato come segue:

*Novità!  
Nuove soglie  
comunitarie  
in vigore dal 1  
gennaio 2010*

fatto salvo quanto previsto per gli appalti di forniture del Ministero della difesa dall'articolo 196, per i contratti pubblici di rilevanza comunitaria il valore stimato al netto dell'importo sul valore aggiunto (i.v.a.) è pari o superiore a:

i) 125.000 euro, per gli appalti pubblici di forniture e di servizi diversi da quelli di cui alla lettera b.2), aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato IV;

ii) 193.000 euro:

b.1) per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da stazioni appaltanti diverse da quelle indicate nell'allegato IV;

b.2) per gli appalti pubblici di servizi, aggiudicati da una qualsivoglia stazione appaltante, aventi per oggetto servizi della categoria 8 dell'allegato II A, servizi di telecomunicazioni della categoria 5 dell'allegato II A, LE CUI VOCI NEL CPV corrispondono ai numeri di riferimento CPC 7524, 7525, 7526, servizi elencati nell'allegato II B;

iii) 4.845.000 euro per gli appalti di lavori e per le concessioni di lavori pubblici.

Allo stesso modo è modificato l'articolo 215 del Codice, relativo ai "Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali con queste nuove soglie (pari o superiore a):

a) 387.000 euro per quanto riguarda gli appalti di forniture e servizi;

b) 4.845.000 euro per quanto riguarda gli appalti di lavori.

(g) **decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163**, con il quale è stato adottato il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle suindicate direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE;

(h) **decreti legislativi 26 gennaio 2007, n. 6, 31 luglio 2007, n. 113 e 11 settembre 2008, n. 152 (cc.dd. decreti correttivi)**, recanti disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

(i) **decreto-legge 23 ottobre 2008, n. 162, coordinato con la legge di conversione 22 dicembre 2008, n. 201**, che, tra le varie modifiche al D. Lgs. 163/2006, ha inserito, allo scopo di fronteggiare la crisi nel settore delle opere pubbliche e al fine di semplificare le procedure d'appalto per i lavori sotto soglia, all'articolo 122 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, dopo il comma 7 è inserito il comma 7-bis a mente del quale i lavori di importo complessivo pari o superiore a 100.000 euro e 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 prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tale numero.

*Decreto legge  
n.162 del  
23/10/08:  
procedure di  
appalto "sotto  
soglia"*

(j) **decreto-legge. 29 novembre 2008, n. 185, nel testo modificato con la legge di conversione, n. 2 del 28 gennaio 2009**, il cui art. 20 detta, in termini di forte novità rispetto al quadro generale, norme straordinarie per la velocizzazione delle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale e simmetrica modifica del relativo regime di contenzioso amministrativo

*Decreto legge  
29/11/2008  
convertito in  
Legge n.2 del  
28/01/2009:  
velocizzazione  
procedure  
esecutive*

(k) **Legge 18 giugno 2009, n. 69** "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile" , il cui art. 17 (rubricata "misure di semplificazione delle procedure relative ai piccoli appalti pubblici" ), prevede che: "1. Al fine di fronteggiare la straordinaria situazione di crisi economica in atto e per incentivare l'accesso alle commesse pubbliche da parte delle piccole e medie imprese, a decorrere dal 1° luglio 2009 sono abrogate le disposizioni di cui all'articolo 36, comma 5, terzo periodo, nonché all'articolo 37, comma 7, terzo periodo5, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni".

(l) **Legge 15 luglio 2009, n. 94**, (in GU n. 170 del 24 luglio 2009) che ha apportato ulteriori modifiche all'articolo 38 del Codice (D.Lgs 163/2006).

(m) **Decreto Legge 1 luglio 2009, n. 78**, convertito con modifiche dalla **legge 3 agosto 2009, n. 102**, il cui art. 4 quater apporta alcune significative modifiche al codice dei contratti pubblici in materia di procedimento di verifica e di giustificazioni da fornire da parte del concorrente per il caso di offerta sospettata di anomalia.

*Offerte  
anomale*



(n) art. 3 Decreto-legge 25 settembre 2009 , n. 135 (Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunita' europee). Modifiche al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 16, recante codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - Adeguamento alla sentenza della Corte di Giustizia CE del 19 maggio 2009, resa nella causa C-538/07) e Legge 20 novembre 2009, n. 166, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunita' europee". (GU n. 274 del 24-11-2009 - Suppl. Ordinario n. 215). Tali norme dispongono:

1. All'articolo 38, comma 1, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dopo la lettera m-ter) e' aggiunta, in fine, la seguente: «m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.».

2. All'articolo 38, comma 2, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e' aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Ai fini del comma 1, lettera m-quater), i concorrenti allegano, alternativamente: a) la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile con nessun partecipante alla medesima procedura; b) la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile e di aver formulato autonomamente l'offerta, con indicazione del concorrente con cui sussiste tale situazione; tale dichiarazione e' corredata dai documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, inseriti in separata busta chiusa. La stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.».

(o) **legge regionale 2 agosto 2002 n. 7** e successive modifiche ed integrazioni, recante disciplina, per la Regione Sicilia, degli appalti di lavori pubblici, di fornitura, di servizi e nei settori esclusi.

(p) **legge regionale 20 novembre 2008 n.15** (G.U.R.S. 24/11/2008 n.54 PARTE I), **sul conto corrente unico**.

(q) **testo coordinato della legge 11 febbraio 1994 n. 109** (legge quadro nazionale in materia di lavori pubblici, nota come

legge Merloni), così come adottato dalla legge regionale 2 agosto 2002 n. 7 e come in seguito modificato ed integrato da successive leggi regionali (da ultimo con la legge n. 20 del 21 agosto 2007);

(r) **decreto Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554**, contenente il regolamento di attuazione della legge n. 109/1994, secondo i termini e nei limiti del rinvio al medesimo dpr. operato nella legge regionale n. 7/2002;

(s) **decreto Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34**, contenente il regolamento istitutivo del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, secondo i termini e nei limiti del rinvio al medesimo dpr. operato nella legge regionale n. 7/2002;

**decreto ministeriale 19 aprile 2000, n. 145**, contenente il capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici,, nei limiti del rinvio al medesimo decreto operato nella legge regionale n. 7/2002.

Evidentemente, peraltro, il regime di applicazione di ciascuno di tali strumenti nella Regione Sicilia è significativamente differenziato.

Lasciando per il momento da parte i principi derivanti direttamente dal Trattato, di ovvia generale applicazione nel territorio degli Stati membri, è noto, in primo luogo, che le **direttive comunitarie** sono strumenti che si rivolgono in prima istanza agli stati membri, o meglio ai legislatori dei singoli stati membri, affinché provvedano entro un termine stabilito ad adeguare i propri sistemi normativi alle nuove disposizioni introdotte. Così come è noto che superato detto termine tali disposizioni divengono comunque vincolanti a prescindere da qualsiasi atto di recepimento od attuazione, a condizione che si tratti di norme intrinsecamente autoesecutive o *self executing*, ovvero per loro natura suscettibili di applicazione diretta senza l'intermediazione di ulteriori interventi o livelli normativi.

*Le direttive comunitarie: direttamente esecutive, la maggior parte delle norme, sono autoesecutive (es: l'avvalimento)*

Per quanto concerne le cd. **Direttive appalti** - il cui termine di attuazione è scaduto a far data dal 31 gennaio 2006 - rappresenta valutazione comune che le norme in esse contenute siano in massima parte *autoesecutive* e quindi immediatamente applicabili a prescindere dagli strumenti di attuazione eventualmente adottati (è il caso, per esempio, dell'istituto dell'*avvalimento*, ovvero della possibilità, a determinate condizioni ora riconosciuta ai concorrenti, di fornire dimostrazione dei requisiti di ordine tecnico od economico stabiliti per l'ammissione alla procedura attraverso i requisiti vantati da altra impresa).

Non solo. Poiché certamente non può ammettersi che una medesima fattispecie sia regolata in modo diverso all'interno di un medesimo territorio da due distinte fonti normative, l'esecutività diretta delle direttive ha come conseguenza l'abrogazione implicita delle norme

interne incompatibili con le nuove disposizioni comunitarie introdotte.

*Applicazione  
diretta delle  
norme a  
tutela della  
concorrenza*

A questo effetto, peraltro, è evidente che speciale contenuto precettivo deve riconoscersi a quelle norme le quali, al fine di rimuovere ostacoli all'esercizio di attività economiche ed a tutela in particolare della concorrenza, impongono determinati comportamenti minimi alle amministrazioni procedenti (ad es.: norme sulla pubblicità degli avvisi e dei bandi oppure le norme che determinano i termini minimi per la partecipazione alla procedura), così come di quelle che ai medesimi effetti individuano in via tassativa le ipotesi di deroga ai principi ispiratori del sistema (in particolare: le fattispecie in cui le singole amministrazioni sono autorizzate a ricorrere alle procedure negoziate, in deroga al principio della pubblica gara).

Per altre disposizioni, invece, un contenuto precettivo vero e proprio viene per certi aspetti a mancare, la portata della norma comunitaria risolvendosi semplicemente nella legittimazione di forme o istituti speciali ed ulteriori rispetto a quelli ordinari (si pensi al dialogo competitivo [cfr. art. 29 direttiva 2004/18/CE] oppure ai sistemi dinamici di acquisizione [cfr. art. 33 della medesima direttiva]) che non necessariamente i singoli stati membri, secondo comune opinione, sono in concreto tenuti a recepire (e meno che meno, naturalmente, le singole amministrazioni procedenti ad utilizzare).

Il **Codice dei contratti pubblici** rappresenta come noto lo strumento di attuazione unitario a livello nazionale di entrambe direttive appalti. Così come queste ultime hanno comportato l'abrogazione delle fonti normative comunitarie precedentemente regolanti la materia (direttiva 93/37/CEE per il settore dei lavori pubblici; direttiva 92/50/CEE per il settore dei servizi; direttiva 93/36/CEE per il settore delle forniture di beni; direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE per il settore degli ex appalti esclusi, ora settori speciali), le disposizioni del codice abrogano e sostituiscono (salvo altro) i testi normativi di settore precedentemente disciplinanti la materia (e in particolare: legge 109/94 per i lavori pubblici; d.lgs. 358/92, per le forniture di beni; d.lgs. 157/95 per i servizi; d.lgs. 158/95 per gli ex settori esclusi).

*Il Codice dei  
Contratti  
pubblici:*

L'**art. 4 del Codice** contiene la disciplina fondamentale delle competenze legislative di Stato, Regioni e Province in merito alla materia trattate nel codice e di conseguenza definisce quale sia la dimensione di applicabilità e vincolatività del codice stesso a livello di Regioni e Province autonome.

*art.4  
Attribuzioni di  
competenza  
in materia*

Può essere utile riportare di seguito i cinque commi di cui tale articolo di compone:

*" 1. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa nelle materie oggetto del presente codice nel*

*rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e delle disposizioni relative a materie di competenza esclusiva dello Stato.*

2. *Relativamente alle materie oggetto di competenza concorrente, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa nel rispetto dei principi fondamentali contenuti nelle norme del presente codice, in particolare, in tema di programmazione di lavori pubblici, approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro.*
3. *Le regioni, nel rispetto dell'articolo 117, comma secondo, della Costituzione, non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente codice in relazione:*
  - *alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa;*
  - *ai criteri di aggiudicazione;*
  - *al subappalto;*
  - *ai poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;*
  - *alle attività di progettazione e ai piani di sicurezza;*
  - *alla stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative;*
  - *al contenzioso.*

*Resta ferma la competenza esclusiva dello Stato a disciplinare i contratti relativi alla tutela dei beni culturali, i contratti nel settore della difesa, i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza relativi a lavori, servizi, forniture.*

4. *Nelle materie di competenza normativa regionale, concorrente o esclusiva, le disposizioni del presente codice si applicano alle regioni nelle quali non sia ancora in vigore la normativa di attuazione e perdono comunque efficacia a decorrere dalla data di entrata in vigore della normativa di attuazione adottata da ciascuna regione.*
5. *Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione."*

Con riferimento alla **normativa regionale**, lo strumento fondamentale è costituito dalla legge della Regione Sicilia n. 7/2002, così come a più riprese modificata ed integrata da leggi regionali successive, da ultimo con la legge n. 20/2007.

Tuttavia la legge regionale n. 7/2002 in massima parte determina la disciplina applicabile ai diversi settori non attraverso una autonoma

**Legge  
Regionale  
n. 7/2002 e  
ss.modifiche e  
integrazioni  
(L.R.20/2007)**

formulazione di norme ed istituti, bensì rinviando a fonti, espressamente nominate, della normativa nazionale.

Il rinvio alla normativa nazionale avviene comunque, come è noto, con modalità molto diverse a seconda del settore di riferimento (in particolare: lavori pubblici oppure altri settori), con conseguenze che - specie a fronte dell'entrata in vigore del Codice dei contratti - risultano di estrema rilevanza ed occorrerà quindi esaminare più da presso.

Per quanto concerne i **lavori pubblici**, il nodo di partenza sembra risiedere nel fatto che questi ultimi nello Statuto della Regione Sicilia, approvato con legge costituzionale, sono indicati quale materia di legislazione esclusiva regionale.

Cosicché quando il legislatore regionale ha operato il rinvio alla normativa nazionale di settore (titolo I, art. 1, comma 1, della legge 7/2002), costituita prima di tutto dalla legge n. 109 dell'11 febbraio 1994, lo ha fatto:

- contestualmente individuando alcune eccezioni o aree di *non recepimento* della normativa nazionale;
- contestualmente modificando, sostituendo o integrando specifiche parti della normativa nazionale;
- disponendo in via generale, per quanto concerne gli strumenti diversi dalla legge n. 109/94, la non applicabilità nel territorio della Regione di quelle parti incompatibili con la disciplina posta nella stessa legge regionale;
- e soprattutto disponendo l'applicazione della normativa nazionale "*nel testo vigente alla data di approvazione della presente legge*" (n. 7/2002).

In virtù dell'ultima condizione, il rinvio operato risulta dunque di carattere *statico*, cd. rinvio recettizio, il quale ha come conseguenza fondamentale l'invarianza – in linea di principio – della normativa recepita rispetto alle modifiche apportate alla fonte originaria.

Così, ad esempio, le modifiche apportate dal legislatore nazionale alla legge n. 109/1994 successivamente all'entrata in vigore delle legge regionale di recepimento n. 7/2002 non hanno avuto effetto sulla disciplina valevole per la Regione Sicilia, nel cui territorio ha invece continuato ad applicarsi la legge n. 109/1994 secondo il testo vigente al momento dell'approvazione in aula (diverso peraltro da quello dell'entrata in vigore) della legge regionale suindicata.

Ugualmente dicasi per le ulteriori fonti normative nazionali, sempre relative al settore dei lavori pubblici, richiamate all'art. 1 della legge regionale n. 7/2002, ovvero il dpr. n. 554/1999, il dpr. n. 34/2000, il dm. 145/2000 e altri, tutti applicabili nel territorio della Regione (salvo specifiche esclusioni) nel testo vigente alla data di approvazione della medesima legge regionale n. 7/2002.

***I lavori pubblici sono materia legislazione esclusiva regionale***

***Lavori pubblici: rinvio statico***

Ben diversamente, in materia di **appalti di forniture e servizi**, nonché relativamente ai **settori ex esclusi**, il titolo II della legge regionale n. 7/2002 (rispettivamente: artt. 31, 32 e 33) dispone l'applicazione all'interno del territorio regionale delle normative nazionali di settore specificamente richiamate (d.lgs. 358/1992 per le forniture e d.lgs. 157/1995 per i servizi, d.lgs. 158/1995 per i settori ex esclusi), nonché, si badi bene, le successive modifiche ed integrazioni delle normative stesse.

*Appalti di forniture e servizi e settori ex esclusi: rinvio dinamico*

In questo modo è stato operato un rinvio di genere *dinamico*, il quale evidentemente comporta l'applicazione automatica e diretta nella Regione Sicilia non solo dello strumento originario, ma anche delle modifiche ed integrazioni successivamente apportate a tale strumento dal legislatore nazionale.

Nettamente diversificato, settore per settore, è dunque l'effetto della intervenuta espressa abrogazione da parte del Codice dei contratti pubblici sia della legge quadro nazionale sui lavori pubblici 8 legge n. 109/1994, sia dei suindicati decreti legislativi (nn. 352/1998, 157/1995 e 158/1995) disciplinanti, a livello nazionale, la materia degli appalti negli altri settori, ed infatti:

- nel caso delle forniture o dei servizi o dei settori ex esclusi, in quanto il Codice, in sostituzione della normativa recata dai decreti legislativi abrogati, ha introdotto una disciplina interamente nuova, quest'ultima si applica nella Regione Sicilia senza necessità di alcun ulteriore atto di recepimento, in virtù appunto del rinvio dinamico operato dalla legge regionale n. 7/2002;
- nel caso dei lavori pubblici, l'abrogazione della legge n. 109/94 non ha inciso - di per sè e sotto il profilo formale - sul regime di applicazione della detta legge in Sicilia, in quanto, in virtù appunto del rinvio statico operato dalla legge regionale n. 7/2002, il testo della legge n. 109/94 in vigore alla data di approvazione della legge regionale si applica come tale a prescindere dalle successive vicende modificative e perfino estintive intervenute a livello nazionale relativamente alla legge n. 109/94.

Diverse importanti modifiche al testo della legge n. 109/94 applicabile nella Regione Sicilia sono invece state apportate, come detto, ad opera di specifici nuovi strumenti adottati nel tempo a livello regionale, da ultimo con la già menzionata legge n. 20/2007.

## I.2 La circolare della Regione Sicilia

(Assessorato dei Lavori Pubblici) del 18 settembre 2006

Come è noto, in merito al quadro normativo di riferimento, sopra per brevi cenni richiamato, sono sorte alcune questioni interpretative di non scarso momento.

Fra le diverse posizioni assunte a riguardo mette qui conto di segnalare, per la loro rilevanza, la circolare della Regione Sicilia (Assessorato dei Lavori Pubblici) del 18 settembre 2006 e la recente sentenza della Corte Costituzionale n. 401 del 23 novembre 2007.

In sintesi, con la prima, il competente Assessorato regionale ha assunto la seguente posizione:

*Circolare del  
18/09/06:  
In sintesi...*

- (a) le direttive europee di settore si applicano, indifferentemente dal settore di riferimento, nella misura in cui risultino autoesecutive;
- (b) per il settore delle forniture, per il settore dei servizi e per quello degli ex appalti esclusi, si applicano le disposizioni del codice dei contratti pubblici, in virtù del rinvio dinamico operato dalla normativa regionale, fatta eccezione tuttavia per le ipotesi in cui la stessa normativa regionale già prevedeva una regolamentazione differente (ad esempio: pubblicità di avvisi e bandi, livello comunitario a parte);
- (c) relativamente invece al settore dei lavori pubblici - ritenuta la competenza esclusiva della Regione a legiferare in merito, nonchè la natura statica del rinvio dalla normativa regionale operato verso la normativa statale - si applica la normativa regionale di settore (legge 109/94 nel testo recepito dalla legge 7/2002 e successivamente modificato da leggi regionali sopravvenute), "fermo restando l'obbligo della Regione di adeguarsi ai principi fondamentali del codice dei contratti che costituiscono norme di grande riforma economico sociale".

*Sentenza Corte  
Costituzionale*

## I.3 La sentenza della Corte Costituzionale n. 401 del 23 novembre 2007

Con la sentenza n. 401 del 23 novembre 2007, invece, la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla presunta invasione di attribuzioni costituzionali lamentata da diverse Regioni a statuto ordinario, nonchè dalla Provincia autonoma di Trento, ha affermato (fra gli altri) i seguenti principi:

*Principi sui  
conflitti di  
competenza*

*Ambiti materiali  
di competenza*

- gli *ambiti materiali* individuati all'art. 4, comma 3, del codice dei contratti pubblici (qualificazione e selezione dei concorrenti; procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; criteri di aggiudicazione; subappalto; poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; attività di progettazione e ai piani di sicurezza; stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; contenzioso) rientrano in ambiti di competenza legislativa *esclusiva* dello Stato, quali specificamente, a seconda del caso, la tutela della concorrenza, l'ordinamento civile e la giustizia;
- in particolare nella materia della tutela della concorrenza, avendo quest'ultima natura di materia trasversale e *"non presentando i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti"*, il legislatore statale è sempre legittimato ad intervenire, anche su materie, per altri profili, di competenza regionale (come, espressamente, per il caso dei lavori pubblici);
- in linea di principio, inoltre, *"la sussistenza di un titolo di legittimazione dello Stato a disciplinare, in via esclusiva, i profili di attività indicati dalla norma impugnata, consente allo Stato [...] l'adozione di una normativa non soltanto di principio, ma anche di dettaglio, avente carattere esaustivo"*;
- peraltro l'intervento del legislatore statale è in questi ambiti legittimo se contenuto entro i limiti dei canoni di adeguatezza e proporzionalità, da valutarsi tuttavia non in via generale ma con riferimento alla regolamentazione dei singoli istituti posta dal codice;
- alle regioni a statuto speciale non si applica tuttavia la cd. clausola di cedevolezza (abrogazione delle normativa regionale previgente e applicabilità in via interinale del codice sino all'effettiva attuazione anche a livello regionale delle direttive europee) prevista per le regioni a statuto ordinario dal comma 4 dell'art. 4 del codice;
- alle regioni (o province) a statuto speciale si applica invece solo il successivo comma 5 dello stesso articolo, il quale impone alle medesime di adeguare la propria legislazione, secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione;



- in presenza di un titolo di legittimazione statale riconducibile alla tutela della concorrenza, non è prospettabile alcun condizionamento di fonti primarie regionali da parte di fonti secondarie statali, in quanto queste ultime, *"dando attuazione ed esecuzione a disposizioni di legge, detteranno tutte le norme necessarie a perseguire l'obiettivo di realizzare assetti concorrenziali; mentre le prime disciplineranno i profili non afferenti, ancorché contigui, a quelli relativi alla tutela della concorrenza"*.

**Novità!**

**Ulteriori interventi: sentenze della Corte Costituzionale**

### **Ulteriori interventi del Giudice delle Leggi.**

L'articolata decisione del giudice costituzionale ha avuto notevole seguito sia nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, sia nella giurisprudenza amministrativa chiamata a dare concreta applicazione alle norme in questione.

**30 luglio '08  
1 agosto '08  
11 maggio '09**

Lungo la prima direttrice, appaiono meritevoli di considerazione tre recentissime sentenze dei giudici di Palazzo della Consulta, chiamate a pronunciarsi, in senso opposto rispetto al precedente del 2007, la conformità a Costituzione di alcune leggi regionali intervenute successivamente all'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici: si tratta di CORTE COSTITUZIONALE - sentenza 30 luglio 2008 n. 320, di CORTE COSTITUZIONALE - sentenza 1 agosto 2008 n. 322 e CORTE COSTITUZIONALE - sentenza 22 maggio 2009, n. 160.

**Ratio:  
quando si tratta di tutela della concorrenza la competenza è del legislatore statale**

Con il primo intervento i giudici del Palazzo della Consulta ritengono fondate le censure sollevate nei confronti dell'art. 2 della legge regionale n. 12 del 2007, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione. Ed, invero - premesso che tale norma va ricondotto alla «tutela della concorrenza» in quanto, per un verso, per l'identificazione della materia nella quale si collocano le norme impugnate, occorre fare riferimento all'oggetto ed alla disciplina stabilita dalle stesse, per ciò che esse dispongono, alla luce della ratio dell'intervento legislativo nel suo complesso e nei suoi punti fondamentali, tralasciando gli aspetti marginali e gli effetti riflessi delle norme medesime, così da identificare correttamente e compiutamente anche l'interesse tutelato (sentenza n. 165 del 2007); e, per altro verso, che sulla base di tali criteri, la disciplina delle procedure di gara e, in particolare, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione, in quanto mirano a consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti, sono state ricondotte all'ambito della tutela della concorrenza (art. 117, secondo comma, lettera e, della Costituzione), di esclusiva competenza del legislatore statale; con la conseguenza che l'esclusività di tale competenza si traduce nella legittima adozione, da parte del legislatore statale, di una disciplina integrale e dettagliata delle richiamate procedure e nell'inderogabilità delle relative disposizioni, idonee ad incidere, nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse sono propri, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano (sentenza n. 430

del 2007) – la Corte costituzionale conclude nel senso che la norma regionale impugnata, disponendo la proroga dei contratti di gestione dei servizi di elisoccorso regionale fino al 31 dicembre 2007, disciplina le procedure di affidamento dell'appalto di un servizio pubblico regionale, peraltro in deroga alle procedure di gara. Di qui la conclusione per cui, per ciò stesso, la disposizione invade la sfera di competenza esclusiva del legislatore statale, esercitata con il decreto legislativo n. 163 del 2006 (sentenza n. 401 del 2007), fra le cui disposizioni inderogabili si colloca l'art. 4, il quale espressamente stabilisce, fra l'altro, che «le Regioni, nel rispetto dell'articolo 117, comma secondo, della Costituzione, non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente codice in relazione: alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento [...]; ai criteri di aggiudicazione [...]».

on la seconda sentenza, la Corte costituzionale ha ritenute fondate, con riferimento all'art. 117, secondo comma, lettere e) e l), Cost., le questioni aventi ad oggetto gli artt. 6, comma 1, 7, commi 2 e 3, 8, 22, 24, 29, 32 e 43, comma 1, della legge della Regione Veneto n. 17 del 2007,

La Corte premette al proprio ragionamento che, come ripetutamente affermato nel proprio precedente (sentenza n. 401 del 2007), nel settore degli appalti pubblici, l'eventuale «interferenza» della disciplina statale con competenze regionali «si atteggia in modo peculiare, non realizzandosi normalmente in un intreccio in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza regionale, bensì [mediante] la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa»; di tal che è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), secondo cui «le Regioni non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente codice» in relazione agli ambiti di legislazione sui contratti della pubblica amministrazione riconducibili alla competenza esclusiva dello Stato in base all'art. 117, secondo comma, Cost.

Nel caso di specie, si osserva che la normativa regionale censurata dallo Stato contiene una disciplina diversa da quella del codice citato per quanto attiene ai seguenti oggetti: affidamento dei servizi tecnici relativi all'architettura e all'ingegneria (artt. 6, comma 1, e 7, commi 2 e 3) riferibile all'ambito della legislazione sulle «procedure di affidamento»; verifica e validazione del progetto (art. 8), inerente all'ambito della «progettazione»; offerte anomale (art. 22) e procedura negoziata (art. 24), relative all'ambito delle procedure di affidamento; subappalti (art. 29), relativi ad analoga materia disciplinata dal codice dei contratti pubblici; leasing immobiliare (art. 32), relativo in parte all'ambito della «progettazione», in parte alla «esecuzione dei contratti» e comunque rientrante, insieme all'istituto del subappalto, nella materia «ordinamento civile»; verifica preventiva dell'interesse archeologico (art. 43), inerente a «contratti relativi alla tutela dei beni culturali».

***Gli obblighi di gara sono posti a tutela della concorrenza***

Orbene, secondo la Corte costituzionale, per tutti questi oggetti, la disciplina dettata dalla Regione produce una erosione dell'area coperta da obblighi di gara, dal momento che, in primo luogo, lascia le stazioni appaltanti libere di scegliere le modalità di affidamento degli incarichi di ingegneria e architettura comportanti un compenso inferiore a 40 mila euro, così riducendo il confronto concorrenziale nell'affidamento di tali servizi; inoltre, consente che una deliberazione della Giunta regionale detti i criteri e le modalità di affidamento degli incarichi di ingegneria e architettura comportanti un compenso compreso tra 40 mila euro e la soglia comunitaria, nonché sulle forme di pubblicità dei medesimi e sui criteri di verifica e validazione dei progetti, incidendo in tal modo sulle regole di mercato; in secondo luogo, nel restringere l'ambito entro cui la stazione appaltante deve verificare la congruità delle offerte anomale e nel consentire il ricorso alla trattativa privata senza necessità di previa pubblicazione di un bando di gara, limitano il confronto concorrenziale. Analoga conseguenza si riconduce alle norme che riducono la sospensione del pagamento alla sola somma non corrisposta al subappaltatore; che restringono il numero di soggetti che possono aspirare a vedersi affidare l'esecuzione dei lavori aventi ad oggetto la costruzione degli immobili mediante l'introduzione dell'istituto del leasing immobiliare; ed, infine, che lasciano le stazioni appaltanti libere per quanto concerne l'affidamento degli incarichi aventi ad oggetto le indagini archeologiche, attribuite senza confronto concorrenziale.

**Novità**

In definitiva, conclude la Corte richiamando ancora una volta le proprie sentenze nn. 431 e 401 del 2007 e n. 282 del 2004, la normativa regionale detta una disciplina difforme da quella nazionale in materie riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in base all'art. 117, secondo comma, Cost., riducendo, da un lato, l'area alla quale si applicano le regole concorrenziali dirette a consentire la piena esplicazione del mercato nel settore degli appalti pubblici a tutti gli operatori economici («tutela della concorrenza») e alterando, dall'altro, le regole contrattuali che disciplinano i rapporti privati («ordinamento civile»).

**Sentenza n. 160 del 22 maggio 2009**

**Ribadisce che in tema di tutela della concorrenza vi è prevalenza della normativa statale sulle altre fonti**

Infine, con la recentissima sentenza 22 maggio 2009, n. 160, la Corte Costituzionale ha profondamente inciso sulla legge regionale campana in tema di appalti pubblici, con particolare riferimento ai nevralgici temi dell'avvalimento, delle offerte anomale e della proroga dei contratti scaduti. Novamente la Corte ribadisce il principio generale per cui nello specifico settore degli appalti la materia della tutela della concorrenza, nella parte in cui essa è volta ad assicurare procedure di garanzia, si connota per un particolare modo di operare della sua trasversalità: infatti, la interferenza con le competenze regionali si atteggia in modo peculiare non realizzandosi normalmente un intreccio in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza regionale, bensì la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa. Ne consegue che la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorrenza, potrà essere interamente disciplinata, nei limiti del rispetto dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, dal legislatore

statale. In questa prospettiva, le singole Regioni sono legittimate a regolare, da un lato, quelle fasi procedimentali che afferiscono a materie di propria competenza; dall'altro, i singoli settori oggetto della predetta procedura e rientranti anch'essi in ambiti materiali di pertinenza regionale. Al fine peraltro di evitare che siano vanificate le competenze delle Regioni, è consentito che norme regionali riconducibili a tali competenze possano produrre "effetti proconcorrenziali", purché tali effetti "siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza".

Su tali premesse, innanzitutto, è stata ritenuta fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 27, comma 1, lettera l), della legge della Regione Campania n. 1 del 2008, il quale consente il ricorso all'istituto dell'avvalimento soltanto in relazione agli appalti di importo uguale o superiore alla soglia comunitaria. Ciò contrariamente a quanto previsto dagli art. 49 e 121 del d.lgs. n. 163 del 2006, i quali legittimano invece il ricorso a tale istituto anche in relazione ai contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, con conseguente violazione della competenza statale in materia di ordinamento civile. Pur in presenza di un appalto sotto-soglia, debbano infatti essere comunque rispettati i principi fondamentali del Trattato idonei a consentire l'esercizio di un potere conforme, tra l'altro, ai canoni della parità di trattamento, della trasparenza e della pubblicità, al fine di garantire un assetto concorrenziale del mercato. Ciò implica che la distinzione tra contratti sotto-soglia e sopra-soglia non può essere, di per sé, invocata quale utile criterio ai fini della individuazione dello stesso ambito materiale della tutela della concorrenza. La finalità perseguita dal legislatore statale con l'istituto dell'avvalimento, in linea con le prescrizioni comunitarie, è quella di consentire a soggetti, che non posseggono determinati requisiti di partecipazione, di concorrere egualmente mediante l'ausilio di un'altra impresa, che sia in possesso dei necessari requisiti, purché ricorrano le condizioni indicate dal citato art. 49. Si ottiene, pertanto, il risultato di ampliare potenzialmente la partecipazione delle imprese alle procedure concorsuali, assicurando così una maggiore tutela delle libertà comunitarie e degli stessi principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. L'analisi del dato finalistico consente, dunque, di fare rientrare la normativa in esame nell'ambito della tutela della concorrenza.

Analogamente è stata ritenuta fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 27, comma 1, lettera p), della legge della Regione Campania n. 1 del 2008, che, nel modificare l'art. 38, comma 5, lettera b), della legge regionale n. 3 del 2007, ha previsto la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando nell'anno successivo alla stipulazione del contratto iniziale nel caso di nuovi servizi consistenti nella ripetizione dei servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario. La competenza statale in materia di tutela della concorrenza ricomprende anche la disciplina delle procedure negoziate.

*L'istituto  
dell'avvalimento  
a salvaguarda  
della  
concorrenza*

L'indicazione, infatti, dei rigorosi presupposti che autorizzano il ricorso a tali procedure si inserisce in un ambito di disciplina unitario finalizzato ad assicurare un sistema di tutela uniforme sull'intero territorio nazionale, che consenta la deroga ai normali metodi di gara soltanto in presenza delle condizioni puntualmente individuate dal legislatore statale. La norma in esame, intervenendo in un ambito di competenza esclusiva statale, ha un contenuto diverso rispetto a quanto stabilito a livello nazionale. Il Codice degli appalti autorizza, infatti, il ricorso al metodo di gara in esame nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale; il legislatore regionale, invece, consente l'applicazione di tale metodo "solo nell'anno successivo alla stipulazione del contratto iniziale così da permettere alla stazione appaltante di verificare il servizio reso e riavviare la procedura di gara".

Infine, negli stessi termini è stata dichiarata costituzionalmente illegittima la norma dell'art. 27, comma 1, lettera t), punto 1, della legge della Regione Campania n. 1 del 2008, che ha stabilito che le stazioni appaltanti, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, "prevedono nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia". Nel procedimento di verifica in contraddittorio delle offerte anomale "assume preminenza la finalità di informare il procedimento stesso alle regole della concorrenza nella fase di scelta del contraente", con conseguente competenza legislativa esclusiva statale ex art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.. Deve pertanto ritenersi che siffatta competenza sussista anche in relazione alla disciplina della procedura di verifica delle offerte anomale nell'ambito degli appalti sotto la soglia di rilevanza comunitaria, al fine di assicurare, tra l'altro, il rispetto dei principi generali di matrice comunitaria stabiliti nel Trattato e, in particolare, il principio di non discriminazione (in questo senso, da ultimo, nella materia in esame, Corte di giustizia 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06). Il legislatore regionale ha dettato una disciplina diversa da quella statale (cfr. art. 122, c. 9 d.lgs. n. 163/2006, nonché l'art. 1, comma 1, lettera bb), n. 2, del decreto legislativo 11 settembre 2008 n. 152), prevedendo che la stazione appaltante è obbligata a procedere sempre ed in ogni caso all'esclusione automatica delle offerte anomale in presenza di un contratto di appalto di rilevanza non comunitaria. Tale previsione, eliminando radicalmente qualunque potere di valutazione tecnica in capo all'amministrazione mediante l'attivazione di procedure di verifica in contraddittorio, viola i principi della concorrenza. La previsione, infatti, di un potere vincolato di esclusione automatica restringe aprioristicamente la possibilità di partecipazione di un numero più elevato di operatori economici, ledendo le regole concorrenziali sancite a livello comunitario e nazionale.

### **3. Il seguito giurisprudenziale. Le Regioni a Statuto Speciale.**

Con specifico riferimento alle Regioni a Statuto speciale, merita

*La  
giurisprudenza*

menzione la sentenza della Corte Costituzionale n. 411 del 17 dicembre 2008.

*e la disciplina degli appalti nelle Regioni a Statuto speciale*

In tale pronuncia la Corte ribadisce che la disciplina degli appalti pubblici, intesa in senso complessivo, include diversi "ambiti di legislazione" che «si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono»: in essa, pertanto, si profila una interferenza fra materie di competenza statale e materie di competenza regionale, che, tuttavia, «si attecchisce in modo peculiare, non realizzandosi normalmente in un intreccio in senso stretto», ma con la «prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa» (sentenza n. 401 del 2007) in relazione agli oggetti riconducibili alla competenza esclusiva statale, esercitata con le norme recate dal d.lgs. n. 163 del 2006. Quanto alla identificazione dei predetti "ambiti di legislazione", è stato inoltre precisato che la disciplina delle procedure di gara e, in particolare, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione, ivi compresi quelli che devono presiedere all'attività di progettazione, mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento (sentenze n. 431 e n. 401 del 2007). Esse, in quanto volte a consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti, sono riconducibili all'ambito della tutela della concorrenza, di esclusiva competenza del legislatore statale (sentenze n. 401 del 2007, n. 345 del 2004), che ha titolo pertanto a porre in essere una disciplina integrale e dettagliata delle richiamate procedure (adottata con il citato d.lgs. n. 163 del 2006), la quale, avendo ad oggetto il mercato di riferimento delle attività economiche, può influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa delle Regioni (sentenza n. 430 del 2007). Analogamente, la Corte ha riconosciuto che «la fase negoziale dei contratti della pubblica amministrazione, che ricomprende l'intera disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale, incluso l'istituto del collaudo, si connota per la normale mancanza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico, sostituiti dall'esercizio di autonomie negoziali e deve essere ascritta all'ambito materiale dell'ordinamento civile» (sentenza n. 401 del 2007), di competenza esclusiva del legislatore statale, che l'ha esercitata, anche in tal caso, adottando le disposizioni del predetto d.lgs. n. 163 del 2006.

*Gli ambiti di legislazione*

Orbene, con riguardo al rapporto tra competenza legislativa statale e corrispondente potere normativo primario nelle regioni a Statuto speciale, si osserva come, sulla base di tali indicazioni, deve leggersi l'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale, nella parte in cui stabilisce che «le Regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione», impone anche alle Regioni ad autonomia speciale (in assenso di norme statutarie attributive di competenze nelle materie cui afferiscono le norme del Codice dei contratti) di conformare la propria legislazione in

materia di appalti pubblici a quanto stabilito dal Codice stesso.

Rileva testualmente la Corte: "La Regione Sardegna, con le norme impugnate, ha invece legiferato in ambiti già espressamente ricondotti, da questa Corte, per un verso, alla materia della "tutela della concorrenza", per altro verso, alla materia dell'"ordinamento civile", dettando una disciplina difforme rispetto a quella stabilita dal legislatore statale con il d.lgs. n. 163 del 2006, nell'esercizio delle proprie competenze esclusive, senza adempiere all'obbligo di adeguamento.

Infatti, un primo gruppo delle norme regionali impugnate incide sulle procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti, sulle procedure di affidamento nonché sui criteri di aggiudicazione, ambiti compresi – come si è detto – nella materia della tutela della concorrenza, anche con una evidente alterazione delle relative regole operanti nel settore degli appalti pubblici. Esse, in particolare, intervengono in tema di: progettazione e tipologie progettuali (art. 9), con l'individuazione di differenti criteri di svolgimento dell'attività, lesivi della competitività e della libera circolazione degli operatori economici; criteri di affidamento degli incarichi di progettazione e direzione dei lavori, in particolare mediante la previsione di soglie e modalità diverse (art. 11, commi da 12 a 16); validazione dei progetti, in specie attraverso l'ampliamento dell'area accessibile ai validatori non qualificati dall'accREDITAMENTO ed il restringimento dell'area riservata ai validatori accREDITATI (art. 13, commi 3, 4 e 10); individuazione di differenti criteri di aggiudicazione per l'affidamento di lavori pubblici con corrispettivo mediante cessione di beni pubblici nonché di criteri di espletamento della gara (art. 16, comma 12); giustificazioni a corredo dell'offerta, in specie mediante la delimitazione dell'obbligo di presentazione delle stesse nei soli casi di offerte anormalmente basse (art. 20, comma 5); ricorso alla procedura semplificata di gara, in specie con l'ampliamento delle relative ipotesi (art. 21, comma 1); pubblicazione dei bandi di gara, in specie con la esclusione della previsione della pubblicazione dei bandi sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana in favore della pubblicazione dei medesimi sui siti internet della Regione, nonché con la introduzione di forme di pubblicità attenuata in relazione a bandi inerenti ad appalti di lavori pubblici di valore ridotto (art. 22, commi 2, 14, 17 e 18); qualificazione regionale degli esecutori di lavori pubblici ed individuazione di criteri autonomi di ammissione alla gara (artt. 24 e 30, comma 3); disciplina delle cause di esclusione dalle gare, con l'introduzione di ulteriori ipotesi fra le quali quella della mancata effettuazione del sopralluogo secondo le modalità fissate dalla stazione appaltante (art. 26, comma 2); riconoscimento del diritto di prelazione del promotore rispetto al vincitore della gara (art. 35, comma 2, e 36); individuazione di ipotesi peculiari di ricorso alla trattativa privata con e senza pubblicazione di bando (artt. 38, comma 1, e 39, commi 1 e 3); identificazione di nuove ipotesi di ricorso alle spese in economia (artt. 40 e 41); determinazione di propri criteri di affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura (art. 46, commi 4 e 7); individuazione delle garanzie ed assicurazioni a corredo dell'offerta (art. 54, commi 1, 2, 8, 9,

10, e 11).

Alla medesima materia della "tutela della concorrenza", di competenza esclusiva statale, deve ricondursi l'art. 5, commi 1 e 6, della medesima legge regionale n. 5 del 2007. Tale norma, infatti, intervenendo in tema di programmazione dei lavori pubblici regionali, rende la stessa non obbligatoria per un gran numero di lavori pubblici per i quali è imposta dalla legislazione statale ed esonera un altrettanto elevato numero di lavori pubblici dall'obbligo di preventiva progettazione preliminare al fine del loro inserimento in programma, statuendo la sufficienza del mero studio di fattibilità, in palese contrasto con quanto stabilito dal legislatore statale. In tal modo essa invade la sfera di competenza dello Stato in quanto, in ragione della stretta connessione esistente fra programmazione, progettazione, finanziamento e realizzazione dei lavori pubblici, incide sull'individuazione dei criteri in base ai quali la relativa attività deve essere svolta, con un'evidente lesione della libera circolazione degli operatori economici nel segmento di mercato in questione, in contrasto altresì con il principio di buon andamento dell'amministrazione.

All'ambito dei rapporti contrattuali e dell'esecuzione degli stessi – quindi, alla materia dell'"ordinamento civile" – devono ricondursi gli artt. 34, comma 1, 51, commi 1 e 3, nonché gli artt. 57, 58, 59 e 60 della citata legge regionale. Questi ultimi, nella parte in cui stabiliscono, rispettivamente, regole in tema di limiti al corrispettivo, variazione dei prezzi nonché in tema di consegna dei lavori, inizio delle prestazioni del fornitore o del prestatore di servizi, sospensione dell'esecuzione, subappalto, collaudo ed esecuzione delle commesse, diverse da quelle poste dal legislatore statale, ledono la sfera di competenza riservata a quest'ultimo, alterando le regole contrattuali che disciplinano i rapporti privati (sentenze n. 322 del 2008, n. 431 e n. 401 del 2007).

Quanto all'allegato I alla legge regionale n. 5 del 2007 nei punti 45.23, 45.24, 45.25, censurato nella parte in cui contrasta con gli allegati del d.lgs. n. 163 del 2006, deve osservarsi che anch'esso incide illegittimamente su materie riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, in quanto detta una disciplina difforme da quella nazionale in settori riconducibili, sulla base dei suddetti argomenti, alle materie della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile."

In conclusione, appare pertanto decisivo il riferimento alle norme statutarie attributive di competenze nelle materie cui afferiscono le norme del Codice dei contratti; tanto è vetro che

- nel caso sottoposto all'esame della corte costituzionale, questa ha premesso che lo statuto della Regione Sardegna, all'art. 3, lettera e), attribuisce alla medesima una competenza legislativa primaria in materia di lavori pubblici di interesse regionale, alla quale, quindi, non appartengono le norme relative alle procedure di gara ed all'esecuzione del rapporto contrattuale: tali settori sono oggetto delle



disposizioni del citato Codice, alle quali, pertanto, il legislatore regionale avrebbe dovuto adeguarsi. Donde la conclusione per cui, - avendo La Regione Sardegna, con le norme impugnate, legiferato in ambiti già espressamente ricondotti, dalla stessa Corte, per un verso, alla materia della "tutela della concorrenza", per altro verso, alla materia dell'"ordinamento civile", dettando una disciplina difforme rispetto a quella stabilita dal legislatore statale con il d.lgs. n. 163 del 2006, nell'esercizio delle proprie competenze esclusive, senza adempiere all'obbligo di adeguamento - tutte le impugnate norme regionali sono costituzionalmente illegittime per violazione dell'art. 3, lettera e), dello statuto, in quanto stabiliscono una disciplina difforme da quella nazionale, alla quale avrebbero dovuto adeguarsi alla stregua dell'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, in materia, quelle della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, estranee alla competenza legislativa regionale e riservate viceversa allo Stato.

- per quanto concerne la disciplina siciliana in materia di lavori pubblici, deve ricordarsi che questi ultimi nello Statuto della Regione Sicilia, approvato con legge costituzionale, sono indicati quale materia di legislazione esclusiva regionale.

Cosicché quando il legislatore regionale ha operato il rinvio alla normativa nazionale di settore (titolo I, art. 1, comma 1, della legge 7/2002), costituita prima di tutto dalla legge n. 109 dell'11 febbraio 1994, lo ha fatto contestualmente individuando alcune eccezioni o aree di *non recepimento* della normativa nazionale; contestualmente modificando, sostituendo o integrando specifiche parti della normativa nazionale; disponendo in via generale, per quanto concerne gli strumenti diversi dalla legge n. 109/94, la non applicabilità nel territorio della Regione di quelle parti incompatibili con la disciplina posta nella stessa legge regionale; e soprattutto disponendo l'applicazione della normativa nazionale "*nel testo vigente alla data di approvazione della presente legge*" (n. 7/2002).

In virtù dell'ultima condizione, il rinvio operato risulta dunque di carattere *statico*, cd. rinvio recettizio, il quale ha come conseguenza fondamentale l'invarianza – in linea di principio – della normativa recepita rispetto alle modifiche apportate alla fonte originaria.

## I.4 Conclusioni

Con riferimento alla Regione Sicilia, può provarsi a sintetizzare come segue le principali conclusioni che possono trarsi dal breve *excursus* che precede:

***Il quadro  
normativo in  
Sicilia***

- avendo le direttive comunitarie efficacia diretta anche nel territorio della Regione (quantomeno nella parte autoesecutiva), l'applicazione delle stesse può essere invocata da chiunque ne abbia interesse e comunque si impone a tutte le Amministrazioni pubbliche regionali;
- non avendo invece le norme del Codice dei contratti efficacia diretta nel territorio della Regione, all'interno di quest'ultimo resta applicabile la normativa di matrice regionale (comprese, evidentemente, le disposizioni di rinvio alle norme del codice e quindi, per tale via, anche le stesse norme del codice richiamate), fatta sempre salva l'applicazione, qualora non convergenti, delle direttive comunitarie;
- la Regione Sicilia è comunque tenuta - stando ai principi affermati nella citata recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 401/2007 - all'adeguamento della propria legislazione alle norme del Codice dei contratti pubblici rientranti in ambiti di competenza legislativa esclusiva dello Stato;
- la legislazione regionale di settore, previgente o successiva al Codice dei contratti pubblici, rimane in ogni caso soggetta a sindacato di costituzionalità sotto il profilo dell'adeguamento alla disciplina posta dal Codice dei contratti (o da successivi regolamenti attuativi) in ambiti di competenza legislativa esclusiva dello Stato;
- per contro, le singole disposizioni del Codice dei contratti pubblici ricadenti in ambiti di competenza legislativa regionale concorrente od esclusiva, restano soggette a sindacato di costituzionalità sulla base di parametri di adeguatezza e proporzionalità dell'intervento.

Di seguito si procederà quindi ad illustrare le diverse fasi ed i diversi istituti che compongono le procedure di affidamento degli appalti pubblici in ragione ed alla luce della normativa ad oggi applicabile, a seconda delle fattispecie, nel territorio della Regione siciliana.

## **II – SOGLIE DI VALORE STABILITE PER L'APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA COMUNITARIA E/O DI ATTUAZIONE**

Come meglio si vedrà nel prosieguo, il sistema normativo in oggetto prevede una lunga ed articolata serie di soglie di valore o meglio di sottoinsiemi di soglie di valore. Ciascuna di tali soglie segna di norma il passaggio da un determinato regime disciplinare ad un altro.

Evidentemente, peraltro, deve innanzitutto essere considerata la serie di soglie che determina, in radice, l'applicazione della normativa comunitaria<sup>1</sup>, mentre a seguire occorrerà considerare le ulteriori soglie individuate dalla normativa interna (nazionale o regionale).

***Soglie  
comunitarie:  
soglie di valore  
e disciplina  
comunitaria***

Con riferimento appunto alle soglie comunitarie, è opportuno rimarcare subito che le nuove direttive comunitarie, in ciò innovando rispetto alle precedenti, esprimono le diverse soglie di applicazione del quadro normativo dalle medesime introdotto non più in DSP (Diritti Speciali di Prelievo, ovvero nell'unità di conto in uso presso il Fondo Monetario Internazionale), bensì, in una prospettiva di generale semplificazione del sistema, direttamente in euro.

Per la categoria dei settori ordinari (costituita da tutti i settori salvo quelli cd. speciali, vale a dire, come detto: gli appalti aggiudicati da Enti erogatori di acqua, energia, servizi di trasporto e servizi postali), le tre soglie centrali del sistema sono quindi stabilite all'art. 7<sup>2</sup> della Direttiva 2004/18/CE, ai sensi del quale il regime disciplinare nella stessa disegnato si applica agli appalti pubblici il cui valore stimato, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, risulti pari o superiore ai seguenti importi:

***La Direttiva  
2004/18/CE cd.  
Direttiva Unica***

***Art. 7  
Soglie nei  
settori ordinari***

**a)** 133.000 euro, per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali;

**b)** 206.000 euro, per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici diverse dalle precedenti, nonché per gli appalti pubblici di servizi, aggiudicati da una qualsivoglia amministrazione aggiudicatrice, aventi per oggetto alcuni servizi specificamente individuati (ovvero, essenzialmente, i servizi di ricerca e sviluppo ed alcuni servizi nel settore delle telecomunicazioni);

---

<sup>1</sup> Si badi bene che nel presente capitolo per normativa comunitaria si intenderanno le cd. *Direttive appalti*, in quanto i principi generali discendenti o desumibili direttamente dal Trattato CE, come ad esempio il principio della libera prestazione di servizi, valgono a prescindere del valore delle singole operazioni.

Più precisamente, anzi, quando nel prosieguo si farà riferimento alla normativa comunitaria o alla Direttiva senza ulteriori specifiche si intenderà richiamare in particolare la Direttiva 2004/18/CE (cd. Direttiva Unica (o Unificata) Appalti, relativa ai settori ordinari), in quanto, data la finalizzazione della presente breve trattazione alle operazioni rientranti nelle competenze della Regione Sicilia, la Direttiva 2004/17/CE (relativa ai settori speciali, vale a dire agli appalti aggiudicati da Enti erogatori di acqua, energia, servizi di trasporto e servizi postali), non rientra se non solo marginalmente nell'oggetto di queste note.

<sup>2</sup> Così come da ultimo modificato dal Regolamento CE n. 1422 della Commissione del 4 dicembre 2007.

c) 5.150.000 euro, per gli appalti pubblici di lavori.

Il successivo art. 8<sup>3</sup> regola, alla lett. a), il caso speciale degli appalti sovvenzionati da amministrazioni aggiudicatrici, riguardanti alcuni lavori di genio civile, oppure lavori di edilizia relativi a ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari e edifici destinati a scopi amministrativi, stabilendo che in tale ipotesi la disciplina della Direttiva si applica a condizione che la misura della sovvenzione sia superiore al 50 % dell'intero e che il valore stimato del contratto sia almeno pari a 5.150.000 euro.

**Art. 8**  
**Gli appalti**  
**sovvenzionati:**

Ai servizi connessi ad uno degli appalti di lavori di cui al capoverso precedente la Direttiva invece si applica - ex art. 8 cit., lett. b) - ricorrendo entrambe le sottoindicate condizioni:

- che la misura della sovvenzione sia superiore al 50 % dell'intero;
- che il valore stimato del contratto sia almeno pari a 206.000 euro.

**Appalti di**  
**importo pari a**  
**5.150.000**  
**sovvenzionati**  
**in misura > al**  
**50% dalle**  
**amministrazioni**  
**aggiudicatrici**

Le medesime soglie di valore sono poi alla base del regime di soggezione, o invece non soggezione, alla disciplina della Direttiva Unica di due fattispecie diverse dagli appalti in senso proprio, ovvero i contratti di concessione dei lavori pubblici ed i concorsi di progettazione.

Ai sensi dell'art. 56<sup>4</sup> della Direttiva Unica, infatti, **i contratti di concessione di lavori pubblici** sono soggetti alla medesima (e più esattamente alla disposizioni di cui al Capo I, Titolo III) quando il loro valore sia pari o superiore a 5.150.000 euro.

**Contratti di**  
**concessione di**  
**lavori pubblici**

Mentre ai sensi dell'art. 67<sup>5</sup>, **i concorsi di progettazione**<sup>6</sup> sono soggetti alla disciplina della Direttiva (titolo IV):

**Concorsi di**  
**progettazione**

- a partire da una soglia pari o superiore a 133.000 euro, nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice sia un'autorità governativa centrale;
- a partire da una soglia pari o superiore a 206.000, euro, nel caso di amministrazioni aggiudicatrici diverse dalle precedenti, nonchè per gli appalti pubblici di servizi, aggiudicati da una

<sup>3</sup> Così come da ultimo modificato dal Regolamento CE n. 1422 della Commissione del 4 dicembre 2007.

<sup>4</sup> Così come da ultimo modificato dal Regolamento CE n. 1422 della Commissione del 4 dicembre 2007.

<sup>5</sup> Così come da ultimo modificato dal Regolamento CE n. 1422 della Commissione del 4 dicembre 2007.

<sup>6</sup> Ai sensi dell'art. 1, comma 11, lett. e) della Direttiva 2004/18/CE, i concorsi di progettazione sono le procedure intese a fornire all'amministrazione aggiudicatrice, soprattutto nel settore della pianificazione territoriale, dell'urbanistica, dell'architettura, dell'ingegneria o dell'elaborazione di dati, un piano o un progetto, selezionato da una commissione giudicatrice in base ad una gara, con o senza assegnazione di premi.

qualsivoglia amministrazione aggiudicatrice, aventi per oggetto alcuni servizi specificamente individuati (ovvero, essenzialmente, i servizi di ricerca e sviluppo ed alcuni servizi nel settore delle telecomunicazioni).

Infine, per quanto riguarda i **cd. settori speciali**, la disciplina comunitaria, di cui questa volta alla Direttiva 2004/17/CE, si applica: ***I settori speciali***

- ai contratti di valore stimato pari o superiore a 412.000 euro, per quanto riguarda gli appalti di forniture e di servizi;
- per contratti di valore stimato pari o superiore a 5.150.000 euro, per quanto riguarda gli appalti di lavori.

Per gli appalti di lavori si tratta dunque della medesima soglia valevole anche per i settori ordinari, mentre per i servizi e le forniture la soglia per gli appalti nei settori speciali è pari al doppio di quella valevole per i settori ordinari.

Di seguito si riporta quindi in forma sinottica il sistema di soglie base sopra tratteggiato (*importi in euro*).

<b>Schema II.1</b>		
<b>Soglie di valore comunitarie</b>		
<b>contratti di appalto nei settori ordinari</b>		
<i>settore</i>	<i>amministrazioni centrali</i>	<i>altre amministrazioni</i>
<b>servizi</b>	<b>133.000</b>	<b>206.000</b>
<b>forniture</b>	<b>133.000</b>	<b>206.000</b>
<b>lavori</b>	<b>5.150.000</b>	<b>5.150.000</b>
servizi di ricerca e sviluppo ed alcuni servizi nel settore delle telecomunicazioni specificamente individuati ("servizi di telecomunicazioni della categoria 5, le cui voci nel CPV corrispondono ai numeri di riferimento CPC 7524, 7525 e 7526 e/o servizi elencati nell'allegato II B" della Direttiva 2004/18/CE)	206.000	206.000
<b>contratti di appalto nei settori speciali</b>		
<i>settore</i>	<i>enti aggiudicatori soggetti</i>	
<b>servizi</b>	<b>412.000</b>	
<b>forniture</b>	<b>412.000</b>	
<b>lavori</b>	<b>5.150.000</b>	
<b>contratti di appalto sovvenzionati per oltre il 50 % da una amministrazione aggiudicatrice</b>		
<i>settore</i>	<i>enti sovvenzionati</i>	
<b>lavori (di cui all'art. 8 Direttiva)</b>	<b>5.150.000</b>	
<b>servizi (di cui all'art. 8 Direttiva)</b>	<b>206.000</b>	
<b>contratti di concessione di lavori</b>		
<i>settore</i>	<i>amministrazioni centrali</i>	<i>altre amministrazioni</i>
<b>lavori (di cui all'art. 8 Direttiva)</b>	<b>5.150.000</b>	<b>5.150.000</b>
<b>concorsi di progettazione</b>		
<i>fattispecie</i>	<i>amministrazioni centrali</i>	<i>altre amministrazioni</i>
<b>concorsi di progettazione</b> che hanno per oggetto servizi della categoria 8 dell'allegato II A, servizi di telecomunicazioni della categoria 5, le cui voci nel CPV corrispondono ai numeri di riferimento 7524, 7525 e 7526 della CPC, e/o servizi elencati nell'allegato II B della Direttiva 2007/18/CE.	206.000	206.000
<b>concorsi di progettazione</b> che hanno per oggetto servizi diversi da quelli individuati alla riga precedente	133.000	206.000

L'art. 78 della Direttiva 2004/18 (che ha il suo corrispondente, relativamente ai settori speciali, nell'art. 69 della Direttiva 2004/17) prevede infine che la Commissione europea proceda alla verifica e se necessario alla revisione delle soglie di cui sopra con cadenza biennale, tenuto conto delle oscillazioni del valore dell'euro espresso in diritti speciali di prelievo.

**Il Codice dei contratti pubblici** riproduce esattamente il medesimo sistema di soglie di valore, rispettivamente:

- all'art. 28, per quel che concerne i contratti di appalto di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari;
- all'art. 215, per quel che concerne i contratti di appalto di lavori, servizi e forniture nei settori speciali;
- all'art. 32 (comma 1, lett. e), per quando riguarda gli appalti di servizi affidati da soggetti privati, nei casi di cui all'art. 8 della Direttiva 2004/18/CE (cd. appalti di servizi sovvenzionati);
- all'art. 99, per quel che concerne i concorsi di progettazione.

*Soglie previste nel Codice dei contratti pubblici come nella Direttiva Unica*

Fra la Direttiva Unica Appalti e il Codice sussistono peraltro almeno una significativa differenza a carattere puntuale (la prima appresso enunciata) e due ulteriori differenze, evidentemente ancora maggiormente significative, a carattere più generale (le ultime due appresso enunciate), ovvero:

*Differenze significative Direttiva Unica e Codice degli Appalti*

- per quanto riguarda gli appalti di lavori cd. sovvenzionati (di cui all'art. 8 della Direttiva Unica ed all'art. 32, lett. D del Codice), la soglia di applicazione della normativa comunitaria è pari ad euro 5.150.000, mentre il Codice dei contratti pubblici si applica a tutti i contratti di importo stimato superiore ad 1.000.000 di euro;
- per quanto riguarda i contratti di concessione di lavori pubblici (di cui agli artt. 56 della Direttiva Unica ed agli artt. 142 e segg. del Codice) la soglia di applicazione della normativa comunitaria è fissata in euro 5.150.000, mentre il Codice dei contratti pubblici si applica a tutti i contratti rientranti nella detta tipologia a prescindere dal valore degli stessi (con lievi possibili temperamenti nel caso di operazioni sottosoglia) <sup>7</sup>.
- analogamente, mentre la Direttiva Unica non pone una disciplina positiva relativamente ai contratti di appalto di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, il Codice

<sup>7</sup> Ciò, in virtù delle modifiche apportate all'art. 142 del Codice dei contratti pubblici con il d.lgs. n. 113/2007.

<sup>8</sup> Senza che in ciò possa individuarsi alcun profilo di contrasto, in quanto trattasi di disposizioni che non incidono evidentemente sul rispetto dei vincoli posti dalla Direttiva.

dei contratti (al Titolo II) disciplina espressamente anche tali contratti, richiamando per gli stessi - salvo specifici aspetti diversamente regolati o regolandi - la medesima normativa stabilita per gli appalti soprasoglia.

\* \* \*

Sulla base del quadro regolamentare generale ricostruito nel primo capitolo, è possibile a questo punto formulare le seguenti proposizioni:

1. avendo le disposizioni autoesecutive delle direttive comunitarie efficacia diretta anche nel territorio della Regione Sicilia, a partire dalle soglie di valore sopra individuate l'applicazione delle disposizioni dette può essere invocata da chiunque ne abbia interesse e comunque si impone a tutte le Amministrazioni pubbliche regionali, a prescindere dallo stato di attuazione a livello interno delle direttive stesse;
2. per quanto concerne gli appalti di servizi e di forniture, nonché per gli appalti rientranti nei settori speciali - in virtù del rinvio dinamico disposto dalla normativa regionale verso la normativa nazionale - le soglie di valore suindividuate, in quanto esattamente recepite nel Codice dei contratti pubblici, segnano contemporaneamente la soglia per l'applicazione nel territorio regionale, oltre che della normativa comunitaria, anche del Codice stesso;  
più precisamente, le soglie suddette segnano l'applicazione nel territorio regionale delle disposizioni del Codice relative agli appalti di rilevanza comunitaria, mentre per gli appalti di importo stimato inferiore a tali soglie continuerà invece ad applicarsi la previgente normativa regionale a carattere specifico (di cui, essenzialmente, ai citati artt. 31, 32 e 33 della legge regionale n. 7/2002), quantomeno nei limiti in cui tale normativa risulti compatibile con la normativa comunitaria e salvi gli obblighi di adeguamento di cui al comma 5 dell'art. 4 del Codice dei contratti;
3. per quanto concerne i lavori pubblici - in virtù del rinvio statico operato dalla normativa regionale verso quella nazionale - si applicherà la normativa di matrice regionale, ovvero la legge n. 109/94 nel testo recepito dalla legge n. 7/2002 e successivamente modificato da leggi regionali sopravvenute, fatta sempre salva l'applicazione, qualora non convergenti, delle direttive comunitarie, relativamente agli appalti di importo stimato superiore alle soglie di valore individuate a livello comunitario.



Solamente per quanto riguarda il settore dei lavori pubblici, infine, mette qui conto ancora di segnalare che la normativa regionale segue le linee del Codice dei contratti pubblici, discostandosi<sup>8</sup> invece dalla Direttiva, relativamente ai tre aspetti già sopra evidenziati, ovvero:

- ◆ la soglia di applicazione della legge appalti siciliana (legge 109/1994 recepita) ai contratti per appalti di lavori cd. sovvenzionati, fissata in euro 1.000.000, così come nel Codice, anzichè in euro 5.150.000, come nella Direttiva;
- ◆ l'applicazione della stessa legge appalti siciliana alle operazioni di concessione di lavori pubblici a prescindere, in linea di principio, dal valore dei relativi contratti;
- ◆ la regolamentazione nella legge appalti anche delle procedure relative ai contratti di valore inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

*A latere* di tale composito sistema - stando ai principi affermati nella citata recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 401/2007 - restano naturalmente gli obblighi di adeguamento, in capo alla Regione Sicilia, della propria legislazione alle norme del codice dei contratti pubblici rientranti in ambiti di competenza legislativa esclusiva dello Stato e la correlata soggezione della stessa normativa regionale al sindacato di costituzionalità sotto tale specifico profilo.

Se quella sopra tratteggiata rappresenta la griglia di soglie di valore che determinano l'applicazione di un regime normativo piuttosto che di un altro, il sistema regolamentare di riferimento prevede, per ciascun settore, numerose altre soglie di valore che determinano invece l'applicazione alle singole fattispecie di specifiche regole od istituti. Di tali soglie - per ovvie ragioni di linearità di esposizione - ci si occuperà allorchè verranno considerate le singole fasi o problematiche gestionali alle quali afferiscono.

### III - CRITERI PER LA DETERMINAZIONE DEL VALORE DEL CONTRATTO

L'elemento cardine del sistema di soglie sopra richiamato è dunque il valore stimato del contratto in affidamento.

Questo posto, era quindi evidentemente necessario, per il legislatore comunitario, individuare dei criteri uniformi per la determinazione, in concreto, di tale valore.

A ciò si provveduto con l'art. 9 della Direttiva 2004/18/CE (ed in via conforme con l'art. 17 della Direttiva 2004/17/CE).

*Sistema di soglie*

Poichè peraltro tali criteri integrano e qualificano a tutti gli effetti il sistema di soglie fissato a livello comunitario per l'individuazione della normativa applicabile ai contratti a rilevanza europea, ben si comprende come tali criteri siano stati oggetto di mero recepimento o riproduzione a livello di normativa interna. Qualsiasi significativa difformità sul punto sarebbe infatti virtualmente refluita sullo stesso regime normativo direttamente applicabile alle operazioni contrattuali disciplinate dalle direttive comunitarie.

Trattasi, peraltro, di un sistema di criteri già sostanzialmente consolidato nell'ordinamento previgente, costituito dalle precedenti direttive di settore (sostituite dalle direttive 17 e 18 del 2004) e nella relativa normativa interna di attuazione o recepimento.

*Stima del valore dell'appalto*

Il principio fondamentale si rinviene al primo comma dell'art. 9 della Direttiva Unica (che ha il suo omologo, nel Codice dei contratti pubblici, al primo comma dell'art. 29), secondo cui *"il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni e di rinnovi eventuali del contratto."*

*Stima ex ante*

Diverse e di varia significatività sono le informazioni che è possibile trarre da questa disposizione:

- trattasi evidentemente solo di una stima ex ante del valore del contratto in affidamento, mentre l'effettivo importo contrattuale individuato in fase di aggiudicazione o di stipula non rileva agli effetti della normativa applicabile;

---

<sup>9</sup> Si noti che mentre nella Direttiva Unica Appalti tale regola è posta all'interno del sottosistema relativo agli appalti che presentano carattere di regolarità oppure sono destinati ad essere rinnovati entro un certo periodo (di cui al 7° comma dell'art. 9), nel Codice dei contratti la stessa regola assurge a principio avente valenza più generale, consacrato come tale in autonomo comma (l'11° dell'art. 29) non riferito a sottoinsiemi o ipotesi specifiche.

- quello che deve essere tenuto in conto è l'importo massimo pagabile, ovvero, l'importo massimo reso disponibile per i partecipanti alla procedura, a prescindere da qualsiasi ribasso d'asta (atteso o anche già acquisito);
- nell'importo massimo pagabile deve anche essere compreso il valore di ogni eventuale estensione, prosecuzione o rinnovazione del primo contratto, comunque denominata (nei limiti in cui tali ampliamenti o riaffidamenti siano ammissibili a' termini della disciplina vigente: cfr, in merito, paragrafo VII.1.3);
- ciò che rileva è comunque l'importo stimato al netto dell'IVA, non potendo evidentemente incidere sul regime di applicazione della normativa comunitaria eventuali residue disarmonie sussistenti, a livello di aliquote IVA, fra i diversi Paesi dell'Unione.

Trattandosi appunto di una stima, inoltre, non può peraltro pretendersi che questa mantenga la sua aderenza ai dati economici reali per tutta la durata del procedimento, ma è invece sufficiente che la stessa sia valida, ovvero correttamente operata, al momento dell'indizione della procedura (coincidente nelle fattispecie ordinarie, ovvero quelle che prevedono la pubblicazione di un bando, con l'invio di quest'ultimo per le prescritte pubblicazioni).

Se quello appena commentato rappresenta il principio fondamentale del sistema, quest'ultimo possiede tuttavia anche una cd. regola di chiusura (in formula sintetica in genere richiamato come divieto di frazionamento artificioso dei contratti), costituita dalla seguente proposizione:

*"Nessun progetto d'opera né alcun progetto di acquisto volto ad ottenere un certo quantitativo di forniture e/o di servizi può essere frazionato al fine di escluderlo dall'applicazione della [...] Direttiva"* (cfr. art. 9 Direttiva cit., comma 3).

La stessa Direttiva, così come gli strumenti normativi interni adottati in funzione di attuazione della stessa, pongono quindi una serie di regole vevolevoli per casi specifici, che vale la pena, di seguito, ricordare.

**a)** Quando l'amministrazione aggiudicatrice prevede di riconoscere ai candidati o agli offerenti determinati importi a titolo di premi o pagamenti (diversi dalla ordinaria remunerazione delle prestazioni contrattuali in affidamento), di tali premi o pagamenti, comunque denominati e quale che sia la funzione economica degli stessi (ad es.:

***Frazionabilità del progetto***

***Attenzione***  
***Regole per casi specifici da tener conto nella stima del valore del contratto:***

***a) Valore dei premi o pagamenti diversi dalla ordinaria remunerazione***

indennità per la progettazione), occorre tenere conto nel calcolo del valore stimato dell'appalto.

**b)** Nel caso in cui un unico progetto di intervento (realizzazione di un'opera oppure acquisizione di beni o servizi) preveda l'affidamento di più lotti distinti, si applica la normativa comunitaria quando il valore stimato complessivo di tutti tali lotti oltrepassa la soglia di rilevanza comunitaria stabilita per il settore di riferimento (lavori, forniture o servizi).

Le amministrazioni aggiudicatrici possono tuttavia non applicare la normativa comunitaria per i lotti il cui valore stimato sia inferiore a 80.000 euro (IVA esclusa) nel caso si tratti di servizi o forniture, oppure ad 1.000.000 di euro (IVA esclusa) nel caso di lavori, a condizione tuttavia (tanto per i lavori, come per i servizi come per le forniture) che il valore complessivo dei lotti fruente di tale esonero non superi il 20 % del valore cumulato della totalità dei lotti in affidamento.

**c)** Nel caso di appalti di forniture che utilizzino il dispositivo della locazione finanziaria (*leasing*), oppure che abbiano per oggetto la locazione di cose oppure l'acquisto a riscatto di prodotti, i valori da assumere come base per il calcolo del valore stimato dell'appalto sono i seguenti:

- se trattasi di appalto di durata determinata non superiore a 12 mesi, il valore complessivo stimato per la durata dell'appalto; se trattasi di appalto di durata determinata superiore a 12 mesi, il valore complessivo, ivi compreso l'importo stimato del valore residuo dei beni oggetto della fornitura;
- se trattasi di appalto pubblico di durata indeterminata o che non può essere definita, il valore mensile moltiplicato per 48.

**d)** In via parzialmente analoga, nel caso di appalti di servizi di durata per i quali non risulti stabilito un prezzo complessivo, ma solo un valore per unità di tempo (mensile, in genere):

- se trattasi di appalti di durata determinata pari o inferiore a 48 mesi, il valore da assumere come base è il valore complessivo stimato per l'intera loro durata del rapporto;
- se trattasi di appalti di durata indeterminata o superiore a 48 mesi, il valore da assumere come base sarà il valore mensile moltiplicato per 48.

**e)** In ipotesi di appalti di forniture o di servizi che presentino carattere di regolarità o siano comunque destinati ad essere rinnovati entro un determinato periodo, sono assunti come base per il calcolo del valore stimato dell'appalto:

- il valore reale complessivo dei contratti analoghi successivamente conclusi nel corso dei dodici mesi precedenti o dell'esercizio precedente, rettificato, se possibile, al fine di tener

**b) Valore totale di più lotti affidati distintamente ma facenti parte di un unico progetto**

**c) Beni in leasing**

**d) Appalti di servizi di durata**

**e) Forniture e servizi con carattere di regolarità**

conto dei cambiamenti in termini di quantità o di valore che potrebbero sopravvenire nei dodici mesi successivi al contratto iniziale,

*oppure*

- il valore stimato complessivo dei contratti successivi conclusi nel corso dei dodici mesi successivi alla prima consegna o nel corso dell'esercizio se questo è superiore a dodici mesi.

Poichè in questi casi residuano in capo all'amministrazione procedente limitati margini di scelta nell'individuazione dei concreti parametri o criteri di riferimento, soccorre la regola ulteriore (espressione peraltro di ben più ampio principio generale) secondo cui la scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico non può comunque essere operata allo scopo di escludere l'appalto stesso dal campo di applicazione delle direttive appalti (cfr. in particolare, art. 9, comma 7, ultimo periodo, della Direttiva Unica) <sup>9</sup>.

**f)** Nel caso di appalti di lavori per la cui esecuzione siano necessarie delle forniture che l'amministrazione procedente in via autonoma metta a disposizione dell'imprenditore, il valore di queste ultime verrà computato nella stima del valore complessivo dell'appalto.

***f) Forniture che l'amm.ne in via autonoma mette a disposizione dell'imprenditore***

**g)** Nel caso di servizi assicurativi, il valore da prendere in considerazione sarà costituito dalla somma dei premi da pagare all'assicuratore e dalle altre forme di remunerazione eventualmente previste;

***g) Servizi assicurativi***

**h)** Nel caso di servizi bancari e di altri servizi finanziari, il valore da prendere in considerazione sarà costituito dagli onorari, dalle commissioni, dagli interessi e dalle altre forme di remunerazione eventualmente previste.

***h) Servizi bancari e finanziari***

**i)** Nel caso di appalti riguardanti la progettazione, il valore da prendere in considerazione sarà costituito dagli onorari, dalle commissioni da pagare e dalle altre forme di remunerazione eventualmente previste.

***i) Appalti di progettazione***

**l)** Infine, relativamente agli accordi quadro ed ai sistemi dinamici di acquisizione, il valore da prendere in considerazione sarà il valore massimo stimato (IVA esclusa) del complesso dei contratti di appalto previsti durante l'intera durata degli accordi quadro o del sistema dinamico di acquisizione.

***l) Accordi quadro e sistemi dinamici di acquisizione***

Sul terreno della pratica amministrativa, le questioni interpretative che possono sorgere nell'applicazione dei surrichiamati principi sono ovviamente diverse e di varia rilevanza e come tali difficili da categorizzare.

Probabilmente, comunque la questione che più frequentemente

ricorre è quella che riguarda l'individuazione dei criteri per determinare la legittimità o meno della suddivisione di una unica operazione in più appalti autonomi.

***Suddivisione di un'unica operazione: criteri guida***

Sul punto ha avuto modo di esprimersi a più riprese l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (v.si, in particolare, la determinazione n. 5 del 9 giugno 2005) e più di recente la stessa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (v.si deliberazione n. 183 del 13 marzo 2007), formulando i seguenti criteri guida (riferiti ai lavori pubblici, ma in linea di massima estensibili anche agli appalti di servizi e forniture):

- potrà procedersi al frazionamento dell'esecuzione di un'opera solo se i lavori oggetto di ciascun appalto sono comunque immediatamente fruibili per gli scopi e le funzioni che l'opera deve assolvere;
- a monte della scelta di frazionamento, le amministrazioni aggiudicatrici sono chiamate ad operare una corretta pianificazione degli interventi e certificare quindi la funzionalità, fruibilità e fattibilità di ciascun lotto, ricorrendo al frazionamento stesso solo laddove le «parti» di un intervento, singolarmente considerate, evidenzino autonoma funzionalità e una propria utilità correlata all'interesse pubblico, indipendentemente dalla realizzazione dell'opera complessiva;
- le amministrazioni devono inoltre fornire chiara e completa dimostrazione dei benefici derivanti dalla scelta di frazionamento rispetto alle altre soluzioni possibili, in un'ottica di efficienza, economicità e coerenza con gli obiettivi da raggiungere e nel rispetto dei principi di trasparenza e di massima partecipazione alle gare.

Va peraltro detto che la scelta di frazionamento assume una speciale rilevanza quando la scissione di una o più parti dalle altre comporti la discesa del valore stimato dell'appalto al di sotto della soglia di applicazione della normativa comunitaria, mentre negli altri casi tale scelta rileva essenzialmente in rapporto ai principi generali di buona amministrazione ed imparzialità e rispettivi corollari.

In ogni caso, in base ai principi appena richiamati, resta senz'altro assodato che l'esercizio della scelta di frazionare in più parti un intervento avente sostanziali caratteristiche di unitarietà (anche solo funzionali) deve essere preceduto da congrua motivazione da parte dell'amministrazione procedente.

## **IV - APPALTI ESCLUSI DALL'APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA UNICA APPALTI E DALLA NORMATIVA INTERNA DI ATTUAZIONE**

### **IV.1 Ambito di riferimento**

Il campo ed il regime di applicazione della Direttiva Unica (corrispondente, in linea di massima e salvo quanto appresso precisato, al campo di applicazione dei relativi strumenti attuativi interni) sono individuati ai Capi II e III, del Titolo II della medesima.

Ferma infatti rimanendo l'essenzialità del criterio discriminante costituito dalle soglie di valore, l'applicazione di tale normativa - e per converso, nemmeno a dirlo, anche quello di non applicazione - è come noto una variabile dipendente da altri elementi oggettivi, di vario tenore e contenuto.

*Categorie di appalti esclusi dalla applicazione della Direttiva Unica*

In particolare la Sezione 3 del Capo II definisce gli appalti propriamente *esclusi* da tale applicazione individuando una serie di ipotesi specifiche, ovvero:

1) gli appalti aggiudicati nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (art. 12 Direttiva), in quanto autonomamente regolati dalla coeva Direttiva 2004/17/CE;

2) alcune specifiche tipologie di appalto nel settore delle telecomunicazioni (art. 13 Direttiva, che ha il suo omologo nell'art. 22 del Codice dei contratti pubblici);

3) gli appalti aventi carattere di segretezza o che esigano speciali misure di sicurezza (art. 14 Direttiva, che ha il suo omologo nell'art. 17 del Codice dei contratti pubblici);

4) gli appalti aggiudicati in base a norme e accordi internazionali (art. 15 Direttiva, che ha il suo omologo nell'art. 18 del Codice dei contratti pubblici);

5) la seguente serie di appalti pubblici di servizi (art. 16 Direttiva, che ha il suo omologo nell'art. 19, comma 1, del Codice dei contratti pubblici):

a] appalti aventi per oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni; tuttavia, i contratti di servizi finanziari conclusi anteriormente, contestualmente o successivamente al contratto di acquisto o di locazione rientrano, a prescindere dalla loro forma, nel campo di

---

<sup>10</sup> Gli allegati alla Direttiva contengono peraltro, in nota ad alcune voci, delle ulteriori specificazioni, alla cui lettura quindi opportunamente si rimanda.

applicazione della presente direttiva;

b] appalti aventi per oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o coproduzione di programmi destinati alla trasmissione da parte di emittenti radiotelevisive e appalti concernenti il tempo di trasmissione;

c] appalti concernenti i servizi d'arbitrato e di conciliazione;

d] appalti concernenti servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari, in particolare le operazioni di approvvigionamento in denaro o capitale delle amministrazioni aggiudicatrici, nonché i servizi forniti da banche centrali;

e] appalti concernenti i contratti di lavoro;

f] appalti concernenti servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione;

6) appalti di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice a un'altra amministrazione aggiudicatrice o a un'associazione di amministrazioni aggiudicatrici in base a un diritto esclusivo di cui quest'ultima beneficia (art. 18 Direttiva, che ha il suo omologo nell'art. 19, comma 2, del Codice dei contratti pubblici).

Se quelli suindicati rappresentano le categorie di appalto in radice esclusi dall'applicazione della Direttiva Unica, quest'ultima tuttavia, relativamente agli appalti pubblici di servizi, pone una ulteriore partizione di livello generale (cfr. artt. 20 e 21, ripresi entrambi all'art. 20 del Codice dei contratti), in ragione della quale:

**Categorie di appalti pubblici di servizi**

- su un lato stanno gli appalti *in toto* soggetti alla disciplina nella stessa posta (precisamente elencati nell'allegato IIA della stessa, che trova il suo esatto omologo, funzionale ed oggettuale, nell'allegato IIA del Codice dei contratti);

**- soggetti alla disciplina della Direttiva**

- sull'altro lato sta una serie di altre ipotesi (precisamente elencate nell'allegato IIB della Direttiva, che trova il suo omologo nell'allegato IIB del Codice dei contratti) sostanzialmente non soggetti all'applicazione di tale disciplina, se non per specifici aspetti, ovvero: le cd. specifiche tecniche (cfr. art. 23 Direttiva e art. 65 Codice dei contratti) e la pubblicazione di avviso relativo agli appalti aggiudicati (cfr. art. 35, paragrafo 4, Direttiva e artt. 68 e 225 del Codice dei contratti).

**- non soggetti alla disciplina della Direttiva se non per aspetti particolari**

Di seguito, per agevolare la consultazione, si riporta in un unico quadro l'elenco dei servizi contenuto nell'allegato IIA e l'elenco invece contenuto nell'allegato IIB della Direttiva Unica Appalti <sup>10</sup>, con in testa l'indicazione del rispettivo regime fondamentale



## Schema IV.1

### Regime fondamentale

soggezione alla Direttiva Unica Appalti		non soggezione (quasi totale) alla Direttiva Unica Appalti	
Categorie	Servizi elencato nell'allegato IIA (cd. servizi prioritari)	Categorie	Servizi elencato nell'allegato IIb (cd. servizi non prioritari)
1	Servizi di manutenzione e riparazione	17	Servizi alberghieri e di ristorazione
2	Servizi di trasporto terrestre, inclusi i servizi con furgoni blindati, e servizi di corriere ad esclusione del trasporto di posta	18	Servizi di trasporto per ferrovia
3	Servizi di trasporto aereo di passeggeri e merci, escluso il trasporto di posta	19	Servizi di trasporto per via d'acqua
4	Trasporto di posta per via terrestre e aerea	20	Servizi di supporto e sussidiari per il settore dei trasporti
5	Servizi di telecomunicazione	21	Servizi legali
6	Servizi finanziari: a) servizi assicurativi b) servizi bancari e finanziari	22	Servizi di collocamento e reperimento di personale
	Servizi informatici ed affini	23	Servizi di investigazione e di sicurezza, eccettuati i servizi con furgoni blindati
8	Servizi di ricerca e sviluppo	24	Servizi relativi all'istruzione, anche professionale
9	Servizi di contabilità, revisione dei conti e tenuta dei libri contabili	25	Servizi sanitari e sociali
10	Servizi di ricerca di mercato e di sondaggio dell'opinione pubblica	26	Servizi ricreativi, culturali e sportivi
11	Servizi di consulenza gestionale e affini	27	Altri servizi
12	Servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, anche integrata; servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica; servizi affini di consulenza scientifica e tecnica; servizi di sperimentazione tecnica e analisi		
13	Servizi pubblicitari		
14	Servizi di pulizia degli edifici e di gestione delle proprietà immobiliari		
15	Servizi di editoria e di stampa in base a tariffa o a contratto		
16	Eliminazione di scarichi di fogna e di rifiuti; disinfezione e servizi analoghi		

Il sistema di deroghe qui tratteggiato - riguardante principalmente, ma evidentemente non solo, il settore dei servizi - vale anche per la Regione Sicilia e ciò:

- in via diretta, per quanto concerne le disposizioni comunitarie, le quali provvedono infatti esse stesse a circoscrivere od escludere la propria cogenza con riferimento alle fattispecie sopra richiamate;
- in via mediata, per quanto concerne le disposizioni del Codice di contratti, in quanto cioè oggetto di rinvio ad opera della legislazione regionale (cfr. artt. 31-33 legge reg. n. 7/2002).

#### **IV.2 Disciplina applicabile ai contratti esclusi**

Relativamente alla disciplina applicabile ai contratti esclusi (in tutto o in parte) dall'applicazione della normativa comunitaria e di attuazione, la situazione può così sintetizzarsi:

1. la Direttiva Unica nulla statuisce in merito, salvo, nel 2° *considerando*, laddove è ricordato che l'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata - a prescindere dal valore dell'operazione - al rispetto dei principi desumibili direttamente dal Trattato istitutivo ed in particolare ai principi **della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza.**
2. il Codice dei contratti pubblici regola invece più compiutamente la materia, laddove all'art. 27 dispone:
  - che l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture esclusi (in tutto o in parte) dall'applicazione del Codice stesso avvenga comunque nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità;
  - che tali affidamenti siano comunque preceduti - in tutti i casi in cui ciò risulti compatibile con l'oggetto del contratto - da invito a partecipare rivolto ad almeno cinque concorrenti.
3. con la Comunicazione interpretativa C 179/2 del 2006 "*relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti*

*Principi applicabili desumibili dal Trattato Istitutivo CE*

---

<sup>11</sup> Si tratta della fattispecie procedurale che è stata definita della *piccola evidenza pubblica*, prevista nel Codice dei contratti, pure con le differenze del caso, anche per altre ipotesi procedurali, come gli acquisti in regime di economia oppure alcuni casi di procedura negoziata.

*non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici'* (pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea del 1.8.2006), la Commissione europea è autorevolmente intervenuta sul punto, fissando alcuni principi guida - di ordine teorico come anche pratico - di essenziale riferimento.

Va detto, in proposito, che se il richiamo contenuto nella Direttiva al rispetto dei principi desumibili direttamente dal Trattato istitutivo CE si inserisce in un solco ormai del tutto consolidato, segnato già da tempo da numerose sentenze della Corte di Giustizia europea ed abbondantemente recepito anche a livello di giurisprudenza e prassi interne (cfr., ad esempio, le note Circolari della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 12727 del 19 ottobre 2001 e n. 8756 del 6 giugno 2002), maggiormente innovativo risulta essere stato, sul punto, il Codice dei contratti.

***Nel codice degli appalti è codificato il l'obbligo di procedere nel rispetto dei principi del trattato***

In quest'ultimo, difatti, non solo viene per la prima volta codificato l'obbligo di procedere nel rispetto dei principi del Trattato (ed anche di principi ulteriori, quali soprattutto quelli di economicità ed efficacia), ma soprattutto viene stabilita una misura di concorrenza minima, consistente come detto nell'invito a partecipare alla procedura - in tutti i casi in cui ciò risulti ragionevolmente possibile - da rivolgersi ad un numero di operatori non inferiore a 5<sup>11</sup>.

Occorre a questo punto chiedersi quale sia la disciplina applicabile, relativamente a tali ipotesi, nella Regione Sicilia e la soluzione (sia pure, deve essere avvertito, non del tutto pacifica e/o scontata) sembra essere la seguente:

- il principio base richiamato nella stessa Direttiva (ed esattamente al citato 2° *considerando*), secondo cui tutte le operazioni di appalto pubblico, comprese quelle escluse in tutto o in parte dall'applicazione delle direttive appalti, sono soggette ai principi fondamentali desumibili direttamente dal Trattato CE, vale evidentemente a tutti gli effetti anche nella Regione Sicilia;

- per gli appalti ascrivibili ai settori dei servizi e delle forniture, nonché per gli appalti ascrivibili ai settori speciali, il rinvio dinamico operato rispettivamente dagli artt. 31, 32 e 33 dalla legge regionale n. 7/2002 fa sì che - in mancanza di una normativa regionale a carattere maggiormente specifico - la disciplina di cui all'art. 27 del Codice dei contratti si applichi anche all'interno del territorio regionale;

- per gli appalti ascrivibili al settore dei lavori pubblici, le disposizioni di cui all'art. 27 cit. (obblighi di adeguamento e questioni di costituzionalità a parte) non spiegano efficacia diretta nel territorio siciliano, ferma rimanendo l'autonoma soggezione di tutte le

operazioni d'appalto ai principi generali dell'ordinamento nello stesso articolo 27 richiamati.

Vale dunque la pena di considerare leggermente più da presso quali siano le principali implicazioni od i principali corollari dei principi base dell'ordinamento comunitario, muovendo, come sembra quantomeno opportuno, dalle linee interpretative fornite con la menzionata comunicazione C 179/2 del 2006 dalla stessa Commissione europea.

### **IV.3 La Comunicazione interpretativa della Commissione C 179/2 del 2006**

È bene innanzitutto sottolineare come la suindicata Comunicazione abbia in effetti per oggetto due categorie di appalti ben distinte, ovvero:

- gli appalti per importo inferiore alle soglie di applicazione delle Direttive "appalti pubblici" (2004/17/CE e 2004/18/CE);
- gli appalti aventi per oggetto i servizi non prioritari di cui all'allegato IIB della direttiva 2004/18/CE (corrispondenti a quelli elencati nell'allegato IIB del codice dei contratti pubblici) oppure altre speciali tipologie di appalti non coperte o coperte solo in parte dalle dette Direttive (tassativamente individuate nelle Direttive stesse).

***Appalti "sotto soglia" e appalti esclusi e applicazione dei Principi del Trattato CE:***

***Libera circolazione delle merci***

Alcune considerazioni svolte nella Comunicazione detta si comprendono in effetti meglio con riferimento alla prima delle suddette categorie (appalti sottosoglia) piuttosto che con riferimento alla categoria che qui più interessa, ovvero quella degli appalti "esclusi".

***Diritto di stabilimento***

***Libera prestazione di servizi***

In ogni caso, quale che sia la categoria di riferimento, la Comunicazione suddetta ci ricorda innanzitutto che sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie di settore, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori degli Stati membri sono nondimeno tenuti a conformarsi alle disposizioni e ai principi del Trattato CE, riguardanti in particolare la libera circolazione delle merci (articolo 28 del trattato CE), il diritto di stabilimento (articolo 43), la libera prestazione di servizi (articolo 49), la non discriminazione e l'uguaglianza di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità e il riconoscimento reciproco.

***Non discriminazione***

***Uguaglianza di trattamento***

***Trasparenza proporzionalità e riconoscimento reciproco***

Gli spunti di maggiore interesse della detta Comunicazione si ritengono, tuttavia, quelli attinenti ai seguenti profili:

- valutazione della rilevanza dell'operazione per il mercato interno;
- modalità di pubblicizzazione dell'operazione;
- selezione dei candidati a cui inviare l'invito a presentare un'offerta;
- principi per l'aggiudicazione.

Un'analisi appena esaustiva delle considerazioni svolte dalla Commissione riguardo tali profili superano evidentemente l'economia della presente nota e tuttavia sembra utile richiamarne almeno i contenuti essenziali.

#### a) Valutazione della rilevanza dell'operazione per il mercato interno

La Commissione, ricollegandosi espressamente all'insegnamento della Corte di Giustizia, rappresenta innanzitutto che le norme derivate dal trattato CE, come le Direttive appalti, si applicano soltanto all'affidamento di appalti che abbiano sufficiente rilevanza per il funzionamento del mercato interno europeo.

Di conseguenza non può escludersi che in singoli casi "a causa di circostanze particolari, come un valore economico molto limitato", venga di fatto a mancare l'interesse all'affidamento dell'appalto da parte di imprese con sede in altri Stati membri.

E compete in prima istanza alle singole amministrazioni aggiudicatrici valutare e decidere se lo svolgimento di una determinata operazione appalto possa risultare interessante per operatori economici situati in altri Stati membri.

Questa decisione deve essere basata su una valutazione delle circostanze specifiche del caso, quali l'oggetto dell'appalto, il suo importo stimato, le particolari caratteristiche del settore in questione (dimensioni e struttura del mercato, prassi commerciali, ecc.), nonché il luogo geografico di esecuzione dell'appalto.

Tale considerazione ci rimanda al tema probabilmente centrale della questione della concreta conformazione delle procedure di affidamento di appalti "esclusi" (come quelli per servizi formativi), ovvero l'applicazione dei principi generali della materia in via non automatica ed uniforme ma invece graduata in ragione delle caratteristiche concrete del singolo appalto in affidamento.

#### b) Modalità di pubblicizzazione dell'operazione

Una applicazione concreta di tale tema è contenuta nella stessa Comunicazione in esame, laddove, in tema di pubblicità, è affermato che quanto più interessante è l'appalto per i potenziali offerenti di altri Stati membri, tanto maggiore deve essere la copertura delle misure di

***Non applicabilità nel caso di importo esiguo e circostanze particolari***

***Pubblicizzazione mediante mezzi di comunicazione largamente diffusi.***

pubblicità adottate.

In particolare, il superamento delle soglie di valore stabilite per l'applicazione delle direttive appalti implica normalmente l'adozione di misure di pubblicizzazione da realizzarsi tramite mezzi di comunicazione *largamente diffusi*.

Viene a riguardo in particolare sottolineata la convenienza e la capacità di penetrazione della diffusione di bandi ed avvisi attraverso la rete internet (sito dell'amministrazione, profilo del committente, portali dedicati, etc.), senza escludere però le tradizionali pubblicazioni cartacee e nemmeno la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'U.E..

La prassi consistente nel prendere contatto con un certo numero di potenziali offerenti non è comunque sufficiente ad assicurare adeguata trasparenza all'operazione, e ciò neppure nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice si rivolga ad imprese di altri Stati membri o si impegni ad entrare in contatto con l'insieme dei potenziali fornitori. E ciò in quanto *"un approccio selettivo di questa natura non può escludere qualunque discriminazione nei confronti dei potenziali offerenti di altri Stati membri, e in particolare dei nuovi arrivati sul mercato."*

#### c) Selezione dei candidati a cui inviare l'invito a presentare un'offerta

***La selezione secondo criteri predeterminati:***

Le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di limitare il numero di candidati a presentare offerte, a condizione però che ciò avvenga in modo trasparente e non discriminatorio e purchè il numero dei candidati effettivi risulti adeguato ad assicurare una sufficiente concorrenza.

***- Criteri oggettivi***

Potranno quindi utilizzarsi criteri oggettivi di selezione (capacità, esperienza, etc.) o anche provvedere mediante estrazioni casuali o ancora potrà utilizzarsi una combinazione di tali criteri.

***- Estrazioni casuali***

Potranno infine prevedersi sistemi di qualificazione, ovvero la costituzione di un elenco di operatori qualificati (purchè ciò avvenga mediante una procedura trasparente e aperta, oggetto di adeguata pubblicità) al quale attingere, ad esempio, secondo criteri di rotazione.

***- Sistemi di qualificazione (es. elenco di operatori qualificati)***

#### d) Principi per l'aggiudicazione

Necessario corollario dell'obbligo di garantire un adeguato livello di pubblicità e trasparenza è costituito dall'equità ed imparzialità della procedura di aggiudicazione.

***Elementi per garantire l'equità ed imparzialità della procedura di aggiudicazione***

Rispetto a tale obiettivo, secondo la Commissione, risultano quindi determinanti:

- una descrizione piena e non discriminatoria dell'oggetto

- dell'appalto negli atti di indizione della procedura;
- l'uguaglianza di accesso per gli operatori economici di tutti gli Stati membri;
  - il reciproco riconoscimento dei diplomi, dei certificati e degli altri attestati di qualifiche formali;
  - termini adeguati per presentare manifestazioni d'interesse o offerte;
  - un approccio generale trasparente e oggettivo (*"tutti i partecipanti devono poter conoscere in anticipo le regole applicabili ed avere la certezza che tali regole saranno applicate nello stesso modo a tutti gli operatori"*).

Per ogni procedura rientrante nel capo degli appalti esclusi, in conclusione, il primo elemento che deve essere considerato è, in coerenza con la posizione della Commissione, la rilevanza dell'operazione rispetto al mercato interno all'Unione Europea.

Da tale elemento discendono difatti conseguenze sicuramente rilevanti ed in primo luogo la determinazione delle modalità minime di pubblicizzazione iniziale della procedura.

Fermo restando il divieto di discriminazione in base alla nazionalità dell'impresa fornitrice, non vi è dubbio, infatti, che una operazione di valore limitato e di interesse prevalentemente locale possa giustificare modalità di pubblicazione proporzionalmente semplificate (ad es.: sito internet o bollettino dell'amministrazione), mentre una operazione di più ampio respiro richiede una virtuale conoscenza della sua indizione su più ampia scala, sino al limite - occorrendo - dell'applicazione di modalità di pubblicizzazione analoghe a quelle stabilite per i contratti ordinari.

***Applicazione dei principi in base alla rilevanza dell'operazione rispetto al mercato dell'UE***

Gli stessi termini di partecipazione dovranno essere opportunamente dimensionati in rapporto alla distribuzione sul territorio (in ambito comunitario o anche nazionale) dei soggetti potenzialmente interessati all'affidamento. Il metro per tali valutazioni deve comunque essere non tanto o non solamente il fabbisogno dell'amministrazione procedente, quanto appunto l'interesse che verosimilmente possono avere gli operatori del settore verso l'assunzione dell'appalto in affidamento.

## V - LA DISCIPLINA APPLICABILE AI CD. CONTRATTI MISTI

I contratti misti sono contratti ad oggetto eterogeneo, vale a dire contratti che prevedono in capo all'appaltatore l'obbligo di fornire prestazioni ascrivibili non ad uno soltanto dei tre macrosettori del sistema (lavori, servizi o forniture), ma contemporaneamente ad almeno due di essi.

*Oggetto  
eterogeneo*

Potranno quindi aversi:

- appalti di servizi e forniture;
- appalti di lavori e forniture;
- appalti di lavori e servizi;
- appalti di lavori, servizi e forniture.

Prima di considerare i criteri per l'individuazione della normativa applicabile a tali tipologie di contratti, sembra utile richiamare la definizione del contenuto di ciascuno dei tre detti settori adottata a livello di Direttiva Unica (art. 1, comma 2), ripresa peraltro senza sostanziali modifiche nello stesso Codice dei contratti (art. 3, commi da 7 a 10).

Per "**appalti pubblici di lavori**" si intendono gli appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di un'opera oppure di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I della Direttiva (costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, manutenzione di opere), oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice, laddove per "opera" si intende il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé esplichino una funzione economica o tecnica.

*Definizione dei  
tre settori*

Gli "**appalti pubblici di forniture**" sono invece appalti pubblici, diversi dagli appalti pubblici di lavori, aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti.

Gli "**appalti pubblici di servizi**" sono infine appalti pubblici, diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture, aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui ai già più volte menzionati allegati IIA e IIB della Direttiva.

---

<sup>12</sup>

A titolo di esempio, potrebbe ipotizzarsi un'operazione nella quale a fianco di servizi direttamente finalizzati alla erogazione di determinate attività costituenti evidentemente l'oggetto principale dell'appalto, come la progettazione scientifica, l'allestimento e la conduzione di una istituzione museale, siano previsti anche lavori di manutenzione delle strutture nelle quali dette attività sono destinate ad essere prodotte.



I criteri adottati dal Legislatore comunitario per l'individuazione della normativa applicabile nel caso di contratti a contenuto eterogeneo varia a seconda dei settori in concorso.

**Concorso fra settore dei servizi e forniture:**

Nel caso di concorso fra il settore dei servizi e quello delle forniture, si applicherà il criterio della prevalenza economica semplice, per cui l'appalto verrà considerato di servizi quando il valore dei servizi in questione superi quello dei prodotti oggetto dell'appalto, e viceversa.

**Criterio della prevalenza economica semplice**

Nel caso in cui il concorso verta fra uno dei due suddetti settori ed il settore dei lavori pubblici, la questione si complica, in quanto il criterio adottato dal Legislatore comunitario non è più di tipo meramente economico, ma assume un taglio qualitativo o meglio qualitativo-funzionale. Verranno infatti considerati appalti di lavori quegli appalti nei quali i lavori costituiscano l'oggetto principale dell'appalto, ancorchè eventualmente non prevalenti su di un piano meramente economico rispetto a concorrenti prestazioni ascrivibili ad uno o ad entrambi degli altri settori.

**Concorso con il settore dei lavori pubblici:**  
**Criterio qualitativo-funzionale (l'oggetto principale)**

Così, è considerato un appalto di servizi, e non di lavori, un appalto avente per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato IIA o IIB della Direttiva e che nel contempo preveda l'effettuazione di attività ai sensi dell'allegato I della stessa (lavori) solo a titolo *accessorio* rispetto all'*oggetto principale* dell'appalto.

Analogamente, un appalto che preveda la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, anche l'effettuazione di lavori di posa in opera e di installazione è considerato un "appalto pubblico di forniture".

Infine, seppure non espressamente considerata nella Direttiva, l'ipotesi in cui un singolo appalto abbia come oggetto prestazioni qualificabili come lavori, altre qualificabili come servizi ed altre ancora qualificabili come forniture - valutata alla luce del suaccennato principio della prevalenza funzionale, piuttosto che meramente economica - seguirà una soluzione corrispondente: si applicherà quindi la disciplina valevole per gli appalti di lavori quando questi rappresentino *l'oggetto principale* dell'appalto.

**Il criteri per individuare l'oggetto dell'appalto e la relativa disciplina: quali i margini interpretativi?**

Per la verità, peraltro, la Direttiva non specifica oltre un certo limite gli elementi che devono essere ricercati per l'affermazione di tale prevalenza economico-funzionale, affidandosi sostanzialmente al concetto di *accessorietà* contrapposto a quello di *centralità funzionale*, lasciando quindi spazio a margini interpretativi che in alcuni casi potrebbero risultare anche consistenti.

**Direttiva: ricerca della centralità funzionale**

Per suo conto il Codice dei contratti, all'art. 14, riprende naturalmente il sistema di criteri disegnato a livello comunitario, ma vi apporta

**Il Codice dei contratti**

tuttavia, relativamente ai contratti misti di lavori e forniture o servizi, una significativa specificazione, che in sostanza ha l'effetto di recuperare in una qualche misura, almeno in via tendenziale, il criterio della mera prevalenza economica a scapito di quello, di ispirazione propriamente comunitaria, della centralità funzionale.

**fornisce una  
significativa  
specificazione**

Nel confermare, infatti che *"un contratto pubblico avente per oggetto dei servizi di cui all'allegato II e che preveda attività ai sensi dell'allegato I [lavori] solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto è considerato un appalto pubblico di servizi"*, il Codice precisa che ai fini dell'applicazione di tale regola, *"l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto"*.

**Regola criterio  
della  
prevalenza  
economica**

Gli appalti nei quali il costo dei lavori incida per oltre la metà del valore complessivo dell'operazione sono dunque considerati, di norma, alla stregua di appalti di lavori *tout court*, salvo solamente (ma si tratta probabilmente di ipotesi piuttosto residuali) per quegli appalti per i quali, in ragione di specifiche caratteristiche di ordine essenzialmente qualitativo-funzionale, debba comunque considerarsi come *principale* la porzione di appalto, ancorchè di valore economico inferiore, costituita invece da servizi e/o forniture <sup>12</sup>.

Non sembra peraltro difficile convenire sulla non eccessiva linearità e chiarezza di tale soluzione.

Può risultare interessante a questo effetto ricordare come la soluzione adottata nel Codice dei contratti rappresenta comunque un punto di sbocco di una *querelle* di lungo corso intervenuta fra lo Stato italiano e la Commissione europea.

Quest'ultima, difatti, con la procedura di infrazione n. 2182 dell'anno 2003 aveva censurato l'allora vigente nostra legge quadro sui lavori pubblici (legge 109/1994) nella parte in cui (all'art. 2, comma 1) individuava quale criterio per la determinazione della normativa applicabile agli appalti misti appunto il criterio della prevalenza economica semplice.

Ad avviso della Commissione, ciò, tenuto conto specialmente della ben più elevata soglia di applicazione della normativa comunitaria in caso di lavori pubblici rispetto alle soglie invece stabilite in caso di servizi e forniture, produceva due diversi, ancorchè connessi, ordini di conseguenze:

- sottrazione di un certo numero di appalti di servizi e forniture (di importo compreso fra la soglia stabilita per tali settori e la soglia invece stabilita per i lavori) alla disciplina comunitaria loro propria;

- sottrazione delle medesime operazioni alle procedure concorrenziali obbligatorie stabilite a livello comunitario.

All'avvio della procedura di infrazione fece quindi seguito la circolare n. 2316 del 2003 del Ministero delle infrastrutture e trasporti, con la quale le amministrazioni aggiudicatrici venivano espressamente invitate - sulla base di ragioni di ordine ermeneutico - ad applicare, nella determinazione della disciplina applicabile agli appalti eterogenei, anche il criterio dell'*oggetto principale* dell'appalto.

Tale invito tuttavia non bastò ad evitare il deferimento, l'anno successivo, dell'Italia alla Corte di Giustizia europea, a cui fece ulteriore seguito la legge comunitaria per il 2005 (legge 62/2005), nella quale, in ossequio ai principi comunitari veniva finalmente stabilito che la regola della prevalenza economica semplice non avrebbe comunque trovato applicazione ove i lavori avessero avuto "*carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto*".

Anche tale formulazione è stata comunque, come detto, superata dall'intervento delle nuove direttive appalti e soprattutto dall'adozione del Codice dei contratti pubblici.

Se si è proposto questo brevissimo *excursus* è specialmente in quanto il T.U. per i lavori pubblici in vigore nella Regione Sicilia, ovvero la legge 109/1994 nel testo recepito, ancora prevede semplicemente che "*nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendano lavori accessori, si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento*".

Trattasi cioè esattamente del testo vigente della legge nazionale n. 109/1994 al momento del (parziale) recepimento della stessa ad opera del legislatore siciliano (legge n. 7/2002 più volte cit.).

Sembra dunque verosimile che in un prossimo futuro le competenti Autorità (regionali, prima di tutto, ma anche eventualmente statali e/o comunitarie) abbiano a tornare sull'argomento, in quanto in effetti la Direttiva Unica (art. 1, comma 2, cit.) prevede che appalti pubblici che abbiano per oggetto la fornitura di *prodotti* oppure la prestazione di *servizi*, nonchè anche l'effettuazione di *lavori*, ma solamente a titolo accessorio, si considerano rispettivamente appalti di *forniture* e di *servizi*, senza alcun riferimento automatico al valore relativo delle dette componenti.

Cambiando parzialmente tema, il criterio della prevalenza economica semplice si applica invece nel caso di appalti che consistano per una parte di servizi compresi nell'allegato IIA della Direttiva Unica o del Codice dei contratti pubblici (cd. servizi prioritari) e per un'altra parte di servizi invece compresi nell'allegato IIB della Direttiva o del Codice

**Se il *lavori* incidono per il 50% del valore: si applica la disciplina del settore dei lavori**

**Si applica la disciplina propria della componente economicamente prevalente nei:**

**cd. servizi prioritari**

dei contratti pubblici (cd. servizi non prioritari).

*(soggetti alla  
Direttiva  
Appalti)*

Dovrà applicarsi la disciplina propria dei primi, dunque, vale a dire quella ordinaria per gli appalti a rilevanza comunitaria, solo nel caso in cui il valore economico di tale componente risulti superiore alla componente residua (ex artt. 22 della Direttiva Unica e 21 del Codice dei contratti pubblici).

*cd. servizi non  
prioritari (non  
soggetti, o quasi  
alla Direttiva  
Appalti)*

Si propone di seguito un sintetico quadro riepilogativo dei criteri suindicati.

## Schema V.1.

### Disciplina applicabile ai cd. Contratti misti

<i>tipologia di concorso</i>	<i>soluzione Direttiva Unica</i>	<i>soluzione Codice dei contratti</i>	<i>soluzione Regione Sicilia (salvo applicazione diretta della Direttiva)</i>
<b>servizi e forniture</b>	si applica la disciplina del settore <b>economicamente prevalente</b>	si applica la disciplina del settore <b>economicamente prevalente</b>	si applica la disciplina del settore <b>economicamente prevalente</b>
<b>servizi e lavori</b>	si applica la disciplina del settore dei <b>servizi</b> quando questi costituiscano l' <b>oggetto principale</b> dell'appalto, rispetto al quale i <b>lavori</b> rivestono un ruolo <b>accessorio</b>	si applica la disciplina del settore dei <b>servizi</b> quando i <b>lavori</b> hanno carattere solo <b>accessorio</b> ; l'oggetto principale del contratto è peraltro costituito dai <b>lavori</b> se il valore degli stessi supera il <b>50 %</b> del totale, salvo che tali lavori, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto	si applica la disciplina propria del settore dei <b>lavori</b> quando il valore di questi superi il <b>50 %</b> del valore del contratto
<b>forniture e lavori</b>	si applica la disciplina del settore delle <b>forniture</b> quando queste costituiscano l' <b>oggetto principale</b> dell'appalto, rispetto al quale i <b>lavori</b> (posa in opera ed installazione) rivestono un ruolo <b>accessorio</b>	si applica la disciplina del settore delle <b>forniture</b> quando i <b>lavori</b> (installazione e posa in opera) hanno carattere solo <b>accessorio</b> ; l'oggetto principale del contratto è peraltro costituito dai <b>lavori</b> se il valore degli stessi supera il <b>50 %</b> del totale, salvo che tali lavori, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto	si applica la disciplina propria del settore dei <b>lavori</b> quando il valore di questi superi il <b>50 %</b> del valore del contratto
<b>servizi, forniture e lavori</b>	si applica la disciplina del settore <b>economicamente prevalente</b> fra il settore dei <b>servizi</b> e quello delle <b>forniture</b> , se i <b>lavori</b> rivestono un ruolo solo <b>accessorio</b> rispetto all'oggetto principale dell'appalto	si applica la disciplina del <b>settore economicamente prevalente</b> fra il settore dei <b>servizi</b> e quello delle <b>forniture</b> quando i <b>lavori</b> hanno carattere solo <b>accessorio</b> ; l'oggetto principale del contratto è peraltro costituito dai <b>lavori</b> se il valore degli stessi supera il <b>50 %</b> del totale, salvo che tali lavori, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto	si applica la disciplina propria del settore dei <b>lavori</b> quando il valore di questi superi il <b>50 %</b> del valore del contratto
<b>servizi di cui all'allegato IIA e servizi di cui all'allegato IIB</b>	si applica la disciplina propria della componente <b>economicamente prevalente</b>	si applica la disciplina propria della componente <b>economicamente prevalente</b>	si applica la disciplina propria della componente <b>economicamente prevalente</b>

## VI - SISTEMI DI ACQUISIZIONE DI BENI E SERVIZI E SISTEMI DI REALIZZAZIONE DI LAVORI

Occorre in primo luogo distinguere fra *sistemi di acquisizione di beni e servizi* oppure *sistemi di realizzazione di lavori*, da una parte, e *procedure di scelta del contraente*, dall'altra.

***Sistemi di acquisizione di beni e servizi***

I primi rappresentano le macrotipologie di strumenti o di rapporti attraverso cui le amministrazioni acquisiscono, da operatori esterni alla propria struttura, forniture di beni o servizi, oppure, sempre attraverso l'opera operatori esterni, pervengono alla realizzazione di lavori: come a dire, le caratteristiche strutturali dell'intervento.

***Sistemi di realizzazione di lavori***

L'opzione in questo ambito più tradizionale è quella fra il sistema dell'appalto e quello della concessione, dove, in prima approssimazione:

- con il primo strumento, l'amministrazione acquista prestazioni di mercato remunerando le stesse mediante un determinato corrispettivo;
- con il secondo strumento, invece, le prestazioni fornite trovano la loro (fondamentale) remunerazione dalla stessa gestione dell'opera o dei servizi posti in essere.

Le procedure di scelta del contraente sono invece i procedimenti amministrativi attraverso cui, nell'ambito di uno specifico sistema di acquisizione o realizzazione, vengono in concreto individuati i soggetti incaricati delle prestazioni imprenditoriali rispondenti al fabbisogno pubblico, nonchè in alcuni casi, lo stesso contenuto specifico di tali prestazioni.

***Sistemi di realizzazione e procedure di scelta del contraente***

Un esempio tipico di opzione in questo secondo ambito può consistere nella decisione di affidare un appalto previo esperimento di una determinata procedura di gara formale - come il pubblico incanto o la licitazione privata - oppure attraverso una procedura tendenzialmente

---

<sup>13</sup> Che peraltro in questo caso è da intendersi nella nozione comunitaria del termine, ovvero di contratto inteso all'acquisizione di beni, servizi o lavori verso corrispettivo, in quanto non viene in effetti a realizzarsi un appalto in senso proprio, secondo la definizione fornita dal nostro codice civile (art. 1655).

<sup>14</sup> Peraltro ampiamente conosciuto anche nel nostro ordinamento interno, sia pure con una connotazione più spiccatamente pubblicistica, nelle quale cioè il momento provvedimento di assegnazione della concessione risulta essere quello maggiormente qualificante l'operazione.

<sup>15</sup> Il Codice dei contratti, recependo la terminologia di derivazione comunitaria, non impiega (cfr. art. 53) l'espressione *appalto integrato*, ma i termini dell'istituto restano quelli detti.

<sup>16</sup> Si ricorda invece che nell'appalto concorso il progetto esecutivo, insieme al prezzo, costituisce oggetto di offerta e quindi viene individuato in sede di gara.

<sup>17</sup> In questo caso, peraltro, non in funzione di attuazione delle direttive comunitarie, che nulla disponevano in merito.

informale - come alcune ipotesi di procedura negoziata.

È chiaro dunque che l'opzione relativa ai sistemi si colloca ad un livello anche concettuale precedente e superiore rispetto all'opzione relativa alle procedure di scelta del contraente, la quale, in questo senso, rappresenta quindi una opzione di secondo grado

Sembra dunque opportuno muovere dall'opzione a monte (circa il sistema di realizzazione), per pervenire successivamente a quella a valle (procedure di scelta).

Per la verità, in genere di *sistemi di realizzazione* si parla unicamente con riferimento ai lavori pubblici, in quanto nei settori delle forniture e dei servizi l'opzione dell'appalto rappresenta una regola che - tutte le volte che si decida di ricorrere alle forze di mercato - soffre pochissime eccezioni.

Consideriamo quindi più da presso, e quindi settore per settore, le opzioni disponibili.

#### SETTORE DELLE FORNITURE

#### Settore forniture

Quando il fabbisogno dell'amministrazione o dell'ente procedente consista nell'acquistare la disponibilità di determinati prodotti, potrà (o anche *dovrà*, a seconda dei casi) provvedere a tale fabbisogno attraverso:

*L'amm.ne provvede al fabbisogno attraverso:*

- (a) lo strumento del contratto di appalto<sup>13</sup>, vale a dire attraverso l'acquisto (nella forma della compravendita o in quella della somministrazione), la locazione finanziaria, la locazione o infine il cd. acquisto a riscatto dei prodotti medesimi;
- (b) il ricorso alle convenzioni CONSIP (Consip s.p.a., come è noto, è una società a capitale interamente pubblico, incaricata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze di agire da amministrazione aggiudicatrice, previa stipula di convenzioni generali, per conto di enti ed amministrazioni; cfr. art. 26 legge 488/1999);
- (c) le procedure di acquisto in economia;
- (d) i contratti di sponsorizzazione;
- (e) le convenzioni con il terzo settore.

*a) Contratto di Appalto*

Non è difficile rilevare che il sistema di cui alla lettera (b), ovvero l'*adesione alle convenzioni Consip* realizza una operazione strutturalmente del tutto affine ad una operazione di appalto

*b) Convenzioni Consip soluzione affine all'appalto*

canonico, dalla quale si differenzia essenzialmente in quanto lo specifico accordo di fornitura posto in essere si innesta nell'ambito di un procedimento più ampio avviato appunto dalla Consip.

Gli stessi *sistemi di acquisizione in regime di economia* - i quali, secondo la classificazione tradizionale (oggi però per molti aspetti riveduta), rappresentano strumenti non contrattuali - consistono, a ben vedere, della medesima struttura fondamentale dei contratti di appalto: prestazione (nel caso, fornitura di beni o prodotti) verso corrispettivo, mutando essenzialmente il quadro amministrativo di contorno all'interno del quale avviene lo scambio.

I *contratti di sponsorizzazione* rappresentano invece una soluzione più spiccatamente derogatoria rispetto al sistema dell'appalto.

Tali si definiscono i contratti - ora considerati all'art. 26 del Codice dei contratti pubblici nell'ambito dei contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice stesso, ma già previsti all'art. 43 della legge 449/1997, all'art. 119 della legge 267/2000, nonché all'art. 2 della stessa legge 109/1994, come sostituito dall'art. 7 della legge 166/2002 - nei quali un operatore economico, denominato *sponsor*, assume l'onere di realizzare lavori, eseguire servizi o fornire prodotti a fronte di un ritorno di carattere solo pubblicitario.

Evidentemente, il tratto maggiormente distintivo rispetto alla figura dell'appalto è che i lavori, i servizi o le forniture vengono realizzati a cura e spese dello *sponsor* privato, senza cioè erogazione di corrispettivi da parte dell'amministrazione procedente.

Le *convenzioni con i soggetti del terzo settore* rappresentano una ulteriore deroga al sistema ordinario degli appalti.

Si tratta di uno strumento paracontrattuale, attraverso cui le P.A. si accordano con determinate categorie di operatori (o, meglio, di organizzazioni non lucrative di utilità sociale: cooperative sociali, ex legge n. 381/1991; associazioni di volontariato, ex legge 266/1991; associazioni di promozione sociale, ex legge 383/2000), per la fornitura di beni e servizi caratterizzati da specifiche finalità solidaristiche e sociale.

Ovviamente, trattasi di interventi caratterizzati, salvo altro, dall'assenza del fine di lucro.

Tutti i suindicati sistemi alternativi rispetto al sistema ordinario dell'appalto - fatto salvo quanto appresso rilevato con riferimento ai contratti di sponsorizzazione nell'ambito dei lavori pubblici - possono trovare applicazione anche nella Regione Sicilia e saranno in quanto tali oggetto di ulteriore considerazione nel prosieguo di questo breve *vademecum*.

Figura del tutto innovativa rispetto alla tradizione è, come noto, quella del *sistema dinamico di acquisizione*, disciplinato all'art. 36 della Direttiva Unica ed all'art. 60 del Codice dei contratti.

**c) Procedure di acquisto in economia**  
soluzione affine all'appalto

**d) Contratti di sponsorizzazione**  
soluzione derogatoria al sistema dell'appalto

**e) Convenzioni con soggetti del terzo settore**  
soluzione derogatoria al sistema dell'appalto



Più che integrare un effettiva nuova modalità di realizzazione, il sistema dinamico di acquisizione rappresenta peraltro una tecnica speciale per l'individuazione dei contraenti e come tale verrà considerato nella sezione relativa appunto alle procedure di scelta.

## SETTORE DEI SERVIZI

Nel caso in cui il fabbisogno dell'amministrazione o dell'ente precedente consista nell'acquisizione di servizi, il panorama delle opzioni si accresce, almeno in teoria, almeno per una tipologia di intervento.

Accanto all'opzione, sempre ovviamente centrale, rappresentata dall'appalto, all'opzione delle acquisizioni in regime di economia, all'opzione del ricorso alle convenzioni CONSIP, all'opzione del ricorso allo strumento della convenzione con il terzo settore, ed infine all'ipotesi del tutto speciale rappresentata dai contratti di sponsorizzazione, troviamo infatti la figura della **concessione di servizi**, che la Direttiva Unica definisce come "un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo".

Sul piano strutturale, quindi, la differenza essenziale rispetto all'archetipo dell'appalto riposa nel sistema di remunerazione: non più un corrispettivo a cui provvede l'amministrazione committente, bensì il ricavo (canone, tariffe o quant'altro) che il concessionario ottiene dalla stessa gestione dei servizi erogati.

Il riconoscimento anche di un prezzo in aggiunta a tali ricavi, in funzione riequilibratrice di situazioni altrimenti eccessivamente sbilanciate, è difatti solo eventuale e non muta la sostanza del rapporto, nel quale il concessionario è tenuto ad assumersi il rischio della convenienza dell'operazione sulla base delle sue personali stime circa i possibili ricavi di gestione acquisendi.

A questo aspetto ne consegue tuttavia un secondo, altrettanto qualificante sul piano sostanziale: mentre difatti negli appalti il destinatario dei servizi è rappresentato, di norma, dalla stessa amministrazione (si pensi ad un appalto per servizi di pulizia negli edifici pubblici, o ad un appalto per servizi di assistenza tecnica o ad un appalto per servizi di ingegneria o per servizi di tesoreria o di pubblicità o di ristorazione, etc.), nelle concessioni di servizi il primo beneficiario è rappresentato dalla stessa comunità servita (si pensi ai servizi di trasporto pubblico o a quelli per lo smaltimento dei rifiuti).

Tale secondo aspetto risulta specialmente rilevante nell'economia di questo capitolo in quanto rende evidente come fra la tipologia di intervento costituita dall'appalto di servizi e l'altra costituita dalla

## Settore servizi

*L'amm.ne provvede al fabbisogno attraverso:*

*a) Contratto di Appalto*

*b) Convenzioni Consip*

*c) Procedure di acquisto in economia*

*d) Contratti di sponsorizzazione*

*e) Convenzioni con soggetti del terzo settore*

*f) Concessione di servizi*

### Peculiarità:

*- il corrispettivo è rappresentato dal diritto di gestione del servizio eventualmente accompagnato da un prezzo*

*- servizi di interesse generale (i pubblici servizi)*

concessione di servizi via sia, in concreto, una concorrenza piuttosto limitata, dato che oggetto di quest'ultima possono evidentemente essere solo quei servizi (di *interesse generale*, come appunto i *pubblici servizi*) dalla cui erogazione è possibile trarre un adeguato ricavo diretto (ad esempio: il pedaggio autostradale).

In tutti i casi in cui questa condizione non si verifichi, l'opzione della concessione di servizi resta di per sè esclusa.

Con riferimento specifico all'ordinamento siciliano, si osserva:

- la direttiva 18/2004/CE (così come la direttiva *cugina* 17/2004/CE **In Sicilia** riguardante i settori speciali) non pone alcuna regolamentazione specifica per le concessioni di servizi, che anzi all'art. 30 espressamente sottrae dal campo di applicazione di essa medesima;
- in ogni caso, in quanto istituito anche di diritto comunitario <sup>14</sup>, lo stesso potrà bene trovare applicazione anche nella Regione Sicilia, pure nei limiti ed alle condizioni risultanti dai principi derivanti direttamente dal Trattato istitutivo CE (trasparenza, proporzionalità, parità di trattamento, etc.), ai quali ultimi viene del resto operato espresso riferimento all'interno della disciplina posta sul punto nello stesso Codice dei contratti pubblici (art. 30).

#### **SETTORE DEI LAVORI**

Come sopra anticipato, il settore nel quale la scelta fra i diversi sistemi di realizzazione conosce la maggiore consistenza è certamente quello dei lavori pubblici.

#### **Settore Lavori**

Nel caso dei lavori pubblici, infatti, il sistema dell'appalto perde, perlomeno in molti campi e per molte fattispecie, quella centralità assoluta che riveste negli altri settori, subendo invece la concorrenza reale e significativa dell'istituto della concessione.

**L'amm.ne  
provvede al  
fabbisogno  
attraverso:**

Inoltre, le stesse figure dell'appalto e della concessione conoscono varianti di tale consistenza da integrare strumenti od istituti caratterizzati da una significativa autonomia concettuale.

Tenendo come principale punto di riferimento il Testo Unico sui lavori pubblici vigente nella Regione Sicilia - ovvero la legge 109/1994, nel testo dalla stessa Regione recepito e successivamente integrato modificato, artt. 19 e segg. - possono di seguito indicarsi i principali sistemi o le principali modalità attraverso cui potrà pervenirsi alla realizzazione di lavori pubblici (pure nella consapevolezza che si tratta di un elenco per certi aspetti, inevitabilmente, disomogeneo):

- (a) appalto di sola esecuzione;
- (b) appalto di progettazione (esecutiva) ed esecuzione;
- (c) la concessione di costruzione e gestione;
- (d) finanza di progetto o *project financing*;
- (e) lavori in economia;
- (f) cottimo-appalto.

La figura di cui sub **a)** (appalto di sola esecuzione) rappresenta il paradigma dell'**appalto ordinario** o **semplice**: l'amministrazione provvede a tutti i livelli di progettazione necessari e quindi affida all'appaltatore la sola esecuzione dei lavori prestabiliti (preliminare, definitiva ed esecutiva: cfr. capitolo X.2, lett. b), verso pagamento di un corrispettivo predeterminato (nell'ammontare totale o anche solo nel metodo e nei parametri di calcolo).

**a) Appalto ordinario (di sola esecuzione)**

La figura di cui sub **b)** (appalto di progettazione ed esecuzione) rappresenta il cd. **appalto integrato**<sup>15</sup>, in presenza del quale all'appaltatore l'amministrazione provvede alla redazione della progettazione preliminare nonché di quella definitiva, mentre all'appaltatore viene anche affidato il compito di redigere la progettazione esecutiva e quindi di eseguire i lavori<sup>16</sup>.

**b) Appalto integrato (progettazione e esecuzione)**

Peraltro l'appalto integrato non è un istituto ad applicazione generale, in quanto il ricorso allo stesso essendo infatti condizionato ad alcune caratteristiche prestabilite dell'appalto in affidamento secondo quanto previsto all'art. 19, comma 3, della legge n. 109/1994, testo coordinato, dovendo in particolare trattarsi di:

- lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 50 % sul valore dell'opera;
- lavori di manutenzione, restauro e/o scavi archeologici;
- lavori di importo pari o superiore alla soglia comunitaria in materia di appalti di lavori pubblici.

**c) Concessione di costruzione e gestione**

Con la figura di cui sub **c)** (la concessione di costruzione e gestione) si accede invece al fenomeno concessorio.

Attraverso il contratto di **concessione di costruzione e gestione**, difatti, l'Amministrazione da una parte *affida* ad un operatore il compito di provvedere alla progettazione definitiva, alla progettazione esecutiva e quindi alla esecuzione determinati lavori pubblici (o di pubblica utilità), dall'altra *concede* al medesimo operatore di sfruttare economicamente l'opera realizzata in modo da ricavarne un reddito

(canoni, tariffe o quant'altro) che costituisce l'essenziale remunerazione delle prestazioni erogate (cifre. artt. 19 e segg. legge 109/1994 recepita).

Come già rilevato nel caso della concessione di servizi, anche nella concessione di lavori è facoltà delle amministrazioni procedenti di riconoscere al concessionario, oltre il ricavo della gestione, anche un apporto finanziario aggiuntivo diretto, laddove ciò risulti necessario in una prospettiva di equilibrio contrattuale.

Ma tale apporto o prezzo non deve essere tale da snaturare quella che sembra essere la caratteristica essenziale del rapporto, ovvero il fatto che l'alea della economicità e/o convenienza dell'operazione (realizzazione contro gestione) appartiene al concessionario e non invece alla parte concedente.

In alcune ipotesi può risultare non scontata la qualificazione di una operazione alla stregua di concessione di servizi oppure alla stregua di concessione di lavori, in quanto entrambe possono consistere di lavori e di servizi. La chiave risulta essere nella centralità economico funzionale delle rispettive attività:

- quando i lavori appaiono come meramente accessori rispetto all'attività di conduzione vera e propria, siamo nel campo delle concessioni di servizi (si pensi ad una attività di riscossione tributi, che preveda, come preliminare alla gestione, l'approntamento di determinati sportelli aperti al pubblico);
- quando invece i lavori risultino essere funzionalmente ed economicamente prevalenti rispetto ai servizi (si pensi alla realizzazione ex novo di un ponte autostradale con transito soggetto a restrizioni e pedaggio, la cui conduzione costituisce indubbiamente un servizio), si verte evidentemente in tema di concessione di lavori pubblici.

La figura di cui sub **(d)**, ovvero il ***project financing*** o ***finanza di progetto*** (di cui agli artt. 37-bis e segg. della legge 109/1994 nel testo vigente in Sicilia), integra a ben vedere non un vero e proprio sistema di realizzazione di lavori pubblici, quanto piuttosto una tecnica o una metodologia di finanziamento.

***d) Project financing o finanza di progetto***

Si tratta in sostanza, appunto di una soluzione organizzativa attraverso cui le pubbliche amministrazioni provvedono ad attrarre capitali privati (in modo analogo ai contratti di sponsorizzazione, che sono spesso infatti parte integrante di operazioni di *project financing*) per la realizzazione di progetti e infrastrutture nell'interesse della collettività.

La struttura essenziale dell'istituto, che rientra peraltro in un più

ampio panorama di possibili *partnership* pubblico-privato) è comunque la seguente:

- ◆ un soggetto (o meglio, di regola, un raggruppamento di soggetti) denominato promotore, si fa spontaneamente carico di individuare una determinata opera di interesse generale, di provvedere alla progettazione preliminare della medesima, di reperire le necessarie adesioni (anche e specialmente in una prospettiva finanziaria) alla stessa, e infine di proporle la realizzazione alle autorità competenti;
- ◆ una volta approvato l'intervento ed esperite le necessarie procedure concorrenziali per la scelta del soggetto realizzatore, la progettazione di livello ulteriore e la realizzazione dell'opera verranno affidate, in regime di concessione, ad un nuovo soggetto costituito ad hoc, la cd. società di progetto;
- ◆ quest'ultima, realizzata l'opera, trarrà la propria remunerazione attraverso (essenzialmente) i ricavi provenienti dalla gestione dell'opera medesima, come d'ordinario nelle operazioni di natura concessoria.

Eccettuata dunque la fase a monte, ovvero quella relativa alla individuazione e promozione dell'opera, e la fase a valle, ovvero quella relativa all'assunzione della società di progetto degli oneri realizzativi e gestionali relativi, ivi compresa sempre l'alea della economicità dell'operazione, le linee propriamente contrattuali del *project financing* seguono quelle dei contratti di concessioni di lavori.

La disciplina nazionale di cui al D. Lgs. N. 163/2006 in materia di Project financing è stata significativamente incisa dalle novità apportate dal III correttivo (D. Lgs. N. 152/2008, art. 1, comma 1, lettera ee)

***Novità sul  
project financing***

Il decreto sostanzialmente si pone nell'ottica di una revisione delle norme del codice. Questi i passaggi fondamentali della procedura:

a) opere inserite nella programmazione: l'amministrazione, a seguito dell'approvazione del programma triennale e dell'elenco annuale dei lavori, con il quale rende noto l'inserimento in programma di opere realizzabili con capitali privati, pubblica un bando di gara sulla base del proprio studio di fattibilità dell'opera, al fine di individuare un soggetto promotore. I concorrenti presentano le proprie proposte contenenti il progetto preliminare, il piano economico finanziario asseverato e la bozza di convenzione. Tali proposte sono valutate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il progetto preliminare del promotore deve essere sottoposto ad approvazione secondo la normativa vigente. In tale fase il promotore ha l'onere di apportare le modifiche progettuali necessarie per l'approvazione del progetto. Se in sede di approvazione il progetto non ha subito modifiche, si procede all'aggiudicazione della concessione al

promotore. Se invece sono state richieste delle modifiche, la concessione viene aggiudicata successivamente all'eventuale accettazione da parte del promotore di far proprio il progetto modificato e di adeguarvi le condizioni economiche proposte. Ove il promotore non accetti di modificare il progetto, l'amministrazione ha la facoltà di richiedere ai concorrenti successivi in graduatoria di accettare tali modifiche da apportare al progetto del promotore alle stesse condizioni proposte a quest'ultimo. Se il promotore non risulta aggiudicatario della concessione, lo stesso ha diritto al pagamento delle spese sostenute per la predisposizione della progettazione. In alternativa alla procedura descritta, è previsto che le amministrazioni possano pubblicare un bando sempre ponendo a base di gara lo studio di fattibilità e specificando che il soggetto promotore potrà esercitare il diritto di prelazione, laddove adegui la propria offerta a quella che sarà ritenuta più vantaggiosa, all'esito di una ulteriore procedura selettiva a valle dell'individuazione del promotore. Pertanto, vi sono due momenti: il primo, diretto ad individuare il soggetto promotore e a porne in approvazione il progetto preliminare secondo la procedura ordinaria; il secondo, diretto ad individuare le migliori offerte relative al progetto del promotore come approvato, rispetto alle quali quest'ultimo può nel termine di 45 giorni esercitare il diritto di prelazione e rendersi aggiudicatario della concessione. Si prevede, infine, l'attribuzione ai soggetti privati del potere di sollecitare l'amministrazione, laddove questa rimanga inerte, non provvedendo entro sei mesi dall'approvazione dell'elenco annuale alla pubblicazione del bando per opere in esso inserite. In particolare, scaduto detto termine, i privati possono presentare le proprie proposte contenenti il progetto preliminare nei successivi 4 mesi. Entro sessanta giorni dalla scadenza dei 4 mesi, l'amministrazione pubblica un avviso contenente i criteri per la valutazione di dette proposte. Individuata la proposta ritenuta di pubblico interesse, ove il progetto preliminare necessiti di modifiche, indice un dialogo competitivo; ove non necessiti di modifiche, può alternativamente indire una gara ordinaria per l'affidamento della concessione ovvero una gara nei termini sopra visti con il diritto di prelazione, invitando in entrambe i casi il promotore a partecipare a tale fase di selezione.

b) opere non inserite nella programmazione: si prevede la possibilità per i soggetti privati di presentare all'amministrazione in qualsiasi momento, anche al di fuori della fase di programmazione, proposte consistenti in uno studio di fattibilità per la realizzazione e la gestione di opere in concessione. Qualora l'amministrazione, procedendo obbligatoriamente alla valutazione nel termine di sei mesi dal ricevimento della proposta, reputi l'opera di interesse pubblico la inserisce nel programma ed avvia la procedura di gara secondo le modalità sopra indicate.

L'esecuzione dei **lavori in economia** è, per la Regione Sicilia, prevista all'art. 24, comma 6, della legge 109/1994 (testo vigente in Sicilia), peraltro secondo termini non incompatibili con la

***Le modifiche del progetto***

***Primo momento: individuazione del promotore e approvazione del preliminare***

***Secondo momento: individuazione migliore offerta in base al progetto del promotore***

***Si può prevedere il diritto di prelazione del promotore da esercitare entro 45 gg e rendersi così aggiudicatario***

***f) lavori in economia:***

(parzialmente nuova) disciplina dei lavori in economia di recente introdotta con l'art. 125 del Codice dei contratti pubblici <sup>17</sup>.

Le categorie generali di lavori eseguibili (entro il limite di 200.00 euro) in economia sono omogeneamente individuate al cit. art. 125 del d.lgs. 163/2006 ed all'art. 88 del dpr. 554/1999, nel testo vigente nella Regione Sicilia in virtù del rinvio (statico) ad esso operato con l'art. 1, comma 2, lett. b], della più volte richiamata legge regionale n. 7/2002, mentre i sistemi di esecuzione sono quelli tradizionali dell'*amministrazione diretta* e del *cottimo fiduciario*, ricordando che:

**f.1)**  
***amministrazione  
diretta***

- si ha la prima, ammessa comunque sino al limite dei 50.000 euro, quando i lavori sono realizzati con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio delle stazioni appaltanti, o eventualmente assunto per l'occasione, sotto la direzione del responsabile del procedimento;

**f.2) *cottimo  
fiduciario***

- mentre si ha il secondo quando i lavori sono realizzati attraverso l'affidamento a soggetti terzi dell'incarico relativo.

Inutile tornare a sottolineare che nel caso dell'amministrazione diretta (peraltro di applicazione concreta molto ridotta) viene ad individuarsi un vero proprio sistema alternativo a quello degli appalti, mentre l'ipotesi del cottimo fiduciario integra una soluzione strutturalmente in buona parte affine a quella dell'appalto tradizionale.

***Amministrazione  
diretta è un  
sistema  
alternativo agli  
appalti e poco  
utilizzato***

Istituto invece previsto dalla normativa siciliana (art. 24-bis della legge 109/1994 coordinata) che non trova diretti corrispondenti a livello di normativa nazionale è quello del ***cottimo-appalto***, il quale però più che un sistema di realizzazione di lavori rappresenta una procedura semplificata per l'affidamento dei medesimi, per molti aspetti assimilabile alle ordinarie figure di trattativa privata.

La caratteristica distintiva principale rispetto ai lavori in economia è quella di essere istituito ad applicazione virtualmente generale (entro il limite massimo fissato in 150.000 euro), ovvero non limitata ad alcuna particolare situazione o categoria di lavori; diversamente da quanto avviene, come visto, per i lavori in economia.

***g)Cottimo-  
appalto***

Riprendendo invece un istituto tradizionale del nostro ordinamento (cfr., ad es., l'art. 154 del D.P.R. 554/1999), l'art. 24-ter della legge 109/1994 (testo recepito e coordinato) definisce *contratti aperti* gli appalti in cui la prestazione è pattuita con riferimento ad un determinato arco di tempo, per interventi non predeterminati nella quantità, la quale risulterà invece determinata in ragione delle necessità che la stazione appaltante manifesterà nell'arco del periodo detto.

Stando alla rubrica di detto articolo, si tratta più esattamente di lavori di pronto intervento e di manutenzione, per i quali tuttavia non risulta

***h)Contratti***

in effetti fornita (stante l'intervenuta abrogazione del comma secondo dello stesso art. 24-ter) alcuna specifica indicazione disciplinare. *aperti*

Per essi vale dunque la disciplina ordinaria, salve le caratteristiche del tutto speciali della fattispecie, nella quale le prestazioni di ambo le parti potranno essere contrattualmente fissate solo nel massimo, mentre l'ammontare effettivo delle stesse potrà conoscersi solo a consuntivo delle prestazioni in concreto richieste ed eseguite.

Restano da considerare i contratti di *sponsorizzazione*, che peraltro non sembrano conoscere differenze strutturali significative a seconda che l'opera prestata dallo *sponsor* - oltre ad una eventuale partecipazione finanziaria a carico dello stesso - consista di lavori, oppure di forniture o servizi. *1) Sponsorizzazione*

Anche nel caso in cui si tratti di realizzare lavori pubblici può, in effetti, aversi che un soggetto, denominato appunto *sponsor*, assuma su di sé gli oneri realizzativi a fronte della messa a disposizione di spazi pubblicitari di ritorno di vario genere, che possono andare, ad esempio, dalla cartellonistica di cantiere, alle targhe sull'opera realizzata, ad eventi di comunicazione specifici, etc..

In questo caso, non trova applicazione la disciplina paradigmatica degli appalti pubblici, posta a livello nazionale dal Codice dei contratti pubblici, fermo rimanendo comunque il rispetto dei principi derivanti dal Trattato CE nonché delle disposizioni relative ai requisiti di qualificazione dei soggetti esecutori.

Senonché la norma del Codice dei contratti che ciò dispone (art. 26) non dovrebbe applicarsi in via diretta alla Regione Sicilia per quanto concerne i lavori pubblici, in quanto in Sicilia il T.U. in materia è costituito dalla legge 109/1994 (testo recepito).

È vero che sul punto il Codice dei contratti riproduce analoga previsione già contenuta nella legge dello Stato n. 109/1994, ma poiché tale previsione è frutto della novella realizzata solo con la legge nazionale n. 166 agosto 2002, la stessa risulta senza effetti per la Regione Sicilia, in virtù del rinvio statico (e non invece dinamico) operato dalla legge regionale n. 7/2002 al testo della legge 109/1994.

Del resto, mentre l'art. 53 del Codice dei contratti richiama espressamente, quale sistema alternativo per la realizzazione di lavori pubblici, la figura dei contratti di sponsorizzazione e le spese in economia, la disposizione funzionalmente omologa contenuta nella legge n. 109/1994 (testo coordinato) menziona come ipotesi derogatoria i soli lavori in economia, nulla disponendo invece relativamente ai contratti di sponsorizzazione.

Da tutto ciò sembra di potersi dedurre che i contratti di sponsorizzazione nella Regione Sicilia possono vertere in materia di servizi e forniture, mentre, allo stato attuale della normativa, non rappresentano una soluzione consentita quando si tratti di realizzare lavori.



Peraltro, secondo una linea interpretativa piuttosto diffusa, il fatto stesso che l'opera avvenga, di regola, senza il contributo finanziario dell'amministrazione varrebbe ad escludere siffatte operazioni dall'orbita degli appalti in genere, venendo in sostanza a mancare la fondamentale onerosità, sul lato dell'amministrazione o dell'ente procedente, del negozio.

I quadri sinottici che seguono rappresentano la sintesi proposta in forma tabellare delle questioni trattate nel presente capitolo.

## Schema VI.1. Forniture

### Settore: Forniture

<i>sistema di acquisizione</i>	<i>tratti essenziali</i>	<i>riferimenti normativi essenziali</i>
appalto di forniture ordinario	acquisto, locazione finanziaria, locazione, acquisto a riscatto di beni verso corrispettivo	Codice dei contratti pubblici; Direttiva Unica; art. 31 legge regionale 7/2002
circuito Consip	adesione e ricorso, mediante singoli ordinativi, alle convenzioni generali, suddivise per categorie di prodotti, concluse dalla Consip s.p.a.	art. 26 legge 488/1999; art. 8 legge regionale 20/1991
procedure in economia	amministrazione diretta e cottimo fiduciario; acquisizione con modalità semplificate nell'ambito di determinate categorie di beni	art. 125 Codice dei contratti pubblici; D.P.R. 384/2001
contratti di sponsorizzazione	fornitura di beni verso veicolazione di contenuti pubblicitari	art. 43 legge 449/1997 art. 26 Codice dei contratti pubblici
convenzioni con organismi del terzo settore	accordi con categorie di organizzazioni non lucrative di utilità sociale per l'esecuzione di forniture caratterizzate da specifiche finalità solidaristiche e sociali	leggi nazionali 381/1991, 266/1991 e 383/2000; leggi regionali 22/1994, 32/2000 e 10/2003

## Schema VI.2. Servizi

### Settore: Servizi

<i>sistema di acquisizione</i>	<i>tratti essenziali</i>	<i>riferimenti normativi</i>
appalto di servizi ordinario	prestazione di servizi verso corrispettivo	Codice dei contratti pubblici; Direttiva Unica; art. 32 legge regionale 7/2002
circuito Consip	adesione e ricorso, mediante singoli ordinativi, alle convenzioni generali, suddivise per categorie di servizi, concluse dalla Consip s.p.a.	art. 26 legge 488/1999; art. 8 legge regionale 20/1991
procedure in economia	amministrazione diretta e cottimo fiduciario: acquisizione con modalità semplificate nell'ambito di determinate categorie di servizi	art. 125 Codice dei contratti pubblici; D.P.R. 384/2001
contratti di sponsorizzazione	fornitura di servizi verso veicolazione di contenuti pubblicitari	art. 43 legge 449/1997 art. 26 Codice dei contratti pubblici
convenzioni con organismi del terzo settore	accordi con categorie di organizzazioni non lucrative di utilità sociale per l'esecuzione di forniture caratterizzate da specifiche finalità solidaristiche e sociali	leggi nazionali 381/1991, 266/1991 e 383/2000; leggi regionali 22/1994, 32/2000 e 10/2003
concessioni di servizi	prestazione di servizi di interesse collettivo verso acquisizione dei ricavi di gestione	art. 1, comma 4, e art. 17 Direttiva Unica; art. 1, comma 12, art. 30 Codice dei contratti pubblici

## Schema VI.3. Lavori

### Settore: Lavori

<i>sistema di realizzazione</i>	<i>tratti essenziali</i>	<i>Riferimenti normativi essenziali</i>
appalto di lavori ordinario	esecuzione di lavori verso corrispettivo	Direttiva Unica; legge 109/1994 <sup>18</sup> , testo recepito e coordinato con la legge regionale 7/2002 D.P.R. 554/1999, testo recepito
appalto di lavori integrato	progettazione esecutiva ed esecuzione verso corrispettivo	Direttiva Unica; legge 109/1994 <sup>19</sup> , testo recepito e coordinato con la legge regionale 7/2002 D.P.R. 554/1999, testo recepito
procedure in economia	amministrazione diretta e cottimo fiduciario: acquisizione con modalità semplificate nell'ambito di determinate categorie di lavori	legge 109/1994 (art. 19, comma 6), testo recepito e coordinato con la legge regionale 7/2002; D.P.R. 554/1999 (art. 88), testo recepito; art. 125 Codice dei contratti pubblici; D.P.R. 384/2001
concessione di costruzione e gestione	progettazione definitiva ed esecutiva e realizzazione dei lavori verso diritto allo sfruttamento dell'opera realizzata	Direttiva Unica; legge 109/1994, testo recepito e coordinato con la legge regionale 7/2002 D.P.R. 554/1999, testo recepito
project financing	tecnica di finanziamento di progetti di opere pubbliche, da realizzarsi in regime di concessione	artt. 37-bis e segg. legge 109/1994, testo recepito e coordinato con la legge regionale 7/2002 D.P.R. 554/1999, testo recepito
cottimo appalto	procedura di affidamento e realizzazione semplificata, suscettibile di applicazione generale per importi sino a 150.000 euro	art. 24-bis legge 109/1994, testo recepito e coordinato con la legge regionale 7/2002
contratto aperto	le prestazioni sono pattuite con riferimento ad un determinato arco di tempo, per interventi non predeterminati nel numero, ma richiesti secondo necessità dalla stazione appaltante.	art. 24-ter legge 109/1994, testo recepito e coordinato con la legge regionale 7/2002

<sup>18</sup> In particolare, art. 19. comma 2, lett. a.

<sup>19</sup> In particolare, art. 19. comma 2, lett. b.

## VII - PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE

### VII.1 Procedure cd. tradizionali

#### VII.1.1 Definizioni e fonti

Successivamente all'intervento delle nuove direttive comunitarie, ed a seguire anche del Codice dei contratti pubblici, le procedure di affidamento (o di scelta o di individuazione del contraente) vengono solitamente distinte fra procedure tradizionali e figure innovative.

La prima categoria è formata dalle procedure aperte, dalle procedure ristrette e dalle procedure negoziate, mentre nella seconda categoria vengono in genere ricompresi il dialogo competitivo, gli accordi quadro, il sistema dinamico di acquisizione e le centrali di committenza.

Inteso peraltro che si tratta di una bipartizione fondata su criteri più storici che scientifici, sembra comunque opportuno considerare dapprima le procedure cd. tradizionali, in quanto comunque destinate ad assorbire una quota ampiamente prevalente delle operazioni d'appalto di futura indizione, e ciò quantomeno sino al medio periodo e probabilmente oltre.

A livello meramente classificatorio, la Direttiva Unica Appalti (art. 1, comma 11) definisce:

- le "**procedure aperte**" come le procedure in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta;
- le "**procedure ristrette**" come le procedure alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui soltanto gli operatori economici invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici possono presentare un'offerta;
- le "**procedure negoziate**" come le procedure in cui le amministrazioni aggiudicatrici consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto.

Il Codice dei contratti pubblici, all'art. 3, riproduce essenzialmente le medesime definizioni, peraltro già prima abbondantemente consolidate in ambito comunitario, con un'unica importante specificazione per quello che concerne le procedure negoziate, laddove è precisato che appartiene a tale tipologia anche *il cottimo*

*Figure tradizionali: procedure aperte, negoziate e ristrette*

---

<sup>20</sup> Restano inoltre sempre da tenersi in conto gli eventuali obblighi di adeguamento alla disciplina del Codice dei contratti in capo al Legislatore Siciliano (di portata e consistenza oggetto di ricostruzioni anche diverse, per quanto rilevato nel capitolo 1).

<sup>21</sup> Di portata e consistenza oggetto di ricostruzioni anche diverse, per quanto rilevato nel capitolo 1.

<sup>22</sup> Quella in qualche misura straordinaria è l'appalto concorso; v.si infra.).

*fiduciario*, così di fatto riattraendo quest'ultimo nell'area delle procedure contrattuali vere e proprie.

Nel primo capitolo già è stato rilevato come le fonti normative disciplinanti la materia per la Regione Sicilia variano, anche sotto il profilo tipologico, a seconda del settore di riferimento e a seconda dell'importanza dell'appalto.

Più esattamente:

- a) per gli appalti di servizi e forniture e per gli appalto nei settori speciali di importo superiore alla soglia comunitaria si applica il Codice dei contratti, mentre negli stessi settori si applica la normativa regionale (cfr. artt. 31 e 32 e 33 legge regionale n. 7/2002) nel caso di contratti di valore infracomunitario (vale a dire inferiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria); così è, in ogni caso, sempre nei limiti in cui l'applicazione di tali ultime disposizioni risulti compatibile con i pertinenti principi derivanti direttamente dal Trattato CE <sup>20</sup>;

- b) per gli appalti di lavori, invece, si applicherà la normativa nazionale (legge 109/1994, cd. legge quadro in materia di lavori pubblici; il dpr. 554/1999, recante il regolamento di attuazione della legge 109/1994; il dm. n. 145/2000, recante il capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici; il dpr. n. 34/2000, recante il regolamento di istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici; il dm. 294/2000, recante il regolamento concernente la individuazione dei requisiti di qualificazione dei soggetti esecutori dei lavori di restauro e manutenzione dei beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici; e infine il dm. 398/2000, recante il regolamento recante le norme di procedura del giudizio arbitrale) nel testo vigente al momento dell'approvazione della legge regionale di recepimento n. 7/2002 (con le esclusioni, le modifiche e le integrazioni disposte all'interno di tale ultima legge), fermi sempre rimanendo:

- l'applicazione delle regole autoesecutive stabilite a livello di direttiva comunitaria, se diverse;
- il rispetto dei pertinenti principi derivanti direttamente dal Trattato CE;
- gli eventuali obblighi di adeguamento in capo al Legislatore regionale rispetto alle disposizioni del Codice dei contratti 21.

**Fonti normative**

**In Sicilia**

**Servizi e forniture e settori speciali si applica:**

**Sopra soglia  
Il Codice dei contratti**

**Sotto soglia  
L.regionale 7/2002 e ss. compatibilmente con le disposizioni del Trattato CE**

**Lavori**

**Legge 109/94 compresa la normativa abrogata dal Codice dei contratti pubblici, e i nuovi strumenti Introdotti dalla L.20/2007**

## VII.1.2 Procedure aperte e procedure ristrette

Innanzitutto può ricordarsi la regola base secondo cui le procedure aperte o ristrette (le une, le altre o entrambe) rappresentano in linea di principio lo strumento *ordinario* per l'affidamento di contratti di appalto, mentre le procedure negoziate rappresentano una soluzione di tipo *straordinario*, vale a dire condizionata alla ricorrenza - come meglio si vedrà nel prosieguo - di specifici, tassativi e in qualche misura eccezionali presupposti legittimanti.

***Procedure  
ordinarie***

Prima di considerare le distinzioni successive, è bene evidenziare subito che la caratteristica distintiva tradizionale delle procedure aperte rispetto alle procedure ristrette, ovvero l'esposizione ad una concorrenza maggiormente ampia nelle prime piuttosto che nelle seconde, è andata significativamente attenuandosi nel tempo.

È difatti noto che nella configurazione risultante dalla legge di contabilità di Stato (R.D. 2440/1923) e relativo regolamento esecutivo (R.D. 827/1924) il procedimento di licitazione privata conosceva ampi margini di discrezionalità in capo all'amministrazione procedente, in particolare per quanto concerne la scelta dei soggetti da invitare alla procedura.

***La caratteristica  
distintiva  
relativa alla  
esposizione alla  
concorrenza con  
la normativa  
comunitaria  
è venuta meno.***

Con l'intervento della normativa comunitaria tale discrezionalità è per molta parte venuta meno, ma è stata tuttavia mantenuta in capo alle stazioni appaltanti la facoltà di decidere se limitare il numero dei partecipanti ad un numero massimo prefissato, procedendo comunque alla selezione dei partecipanti attraverso criteri obiettivi e predeterminati.

La prima versione del Codice dei contratti pubblici (art. 62) aveva ripreso sostanzialmente la suddetta linea, ma con il secondo decreto correttivo approvato (n. 113 del 31 luglio 2007) tale disciplina è stata significativamente rivista, in particolare per quanto concerne gli appalti di servizi e forniture.

***Il secondo  
decreto  
correttivo di  
luglio 2007:***

Secondo il testo attualmente vigente dell'art. 62, difatti, nelle procedure ristrette finalizzate all'aggiudicazione di appalti di forniture o servizi, l'amministrazione è tenuta ad inviare la lettera di invito ad offrire a tutti i soggetti che ne abbiano fatto regolare richiesta e che abbiano fornito dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione stabiliti nella *lex specialis* di gara.

***lettere di invito a  
tutti i soggetti***

Con ciò, pertanto, il livello di esposizione alla concorrenza di una procedura ristretta è stato reso del tutto equivalente, nel caso di forniture e servizi, al livello di esposizione proprio delle procedure aperte.

La possibilità di individuare preventivamente un numero massimo di concorrenti è stata quindi mantenuta solo con riferimento agli appalti pubblici di lavori.

***Nel caso di  
forniture e  
servizi  
l'esposizione alla  
concorrenza di  
una procedura***

A distinguere dunque le due fattispecie resta quindi fondamentalmente il diverso disegno strutturale:

- le procedure aperte consistono in linea di principio di un'unica, ancorchè ovviamente al suo interno articolata, fase di espletamento (ed è perciò solitamente definita a *struttura monofasica*);
- mentre le procedure ristrette conoscono di norma due fasi nettamente distinte e separate (e sono perciò solitamente definite a *struttura bifasica*).

Altrimenti detto, nelle procedure aperte i due segmenti procedurali fondamentali, ovvero quello in cui si provvede alla verifica del possesso dei prescritti requisiti di partecipazione in capo agli operatori istanti e quello invece in cui si provvede alla valutazione delle offerte vere e proprie, formano un *continuum* procedimentale - affidato di regola ad un medesimo organo o ufficio - che non conosce significativi momenti di soluzione di continuità.

Nelle procedure ristrette, invece, la fase di verifica della ammissibilità delle domande è nettamente distinta dalla successiva fase di valutazione delle offerte e tale cesura è segnata da almeno due elementi:

1. solo all'esito della prima fase viene individuato il novero dei candidati che saranno effettivamente invitati a partecipare alla competizione attraverso la presentazione di offerta e solo a tali ultimi candidati verrà quindi trasmessa la lettera di invito, che costituirà a un tempo il titolo per la partecipazione al momento propriamente competitivo e la fonte disciplinare primaria per la fase di presentazione e valutazione delle offerte;
2. di regola, mentre la fase di verifica della ammissibilità delle candidature resta nella responsabilità degli uffici burocratici ordinari, la seconda fase, ovvero quella della valutazione delle offerte, viene di norma affidata (almeno nelle procedure da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) ad un organo speciale, vale a dire ad una commissione appositamente costituita (*commissione giudicatrice*, secondo la terminologia del Codice dei contratti).

Per dirla con una sola battuta, la più netta distinzione fra la fase di selezione dei concorrenti e la fase di valutazione delle proposte pervenute è appunto ciò che propriamente distingue, sotto il profilo strutturale, le procedure ristrette dalle procedure aperte.

*ristretta è equivalente a quello delle procedure aperte.*

*La vera distinzione tra procedura ristretta e aperta è rispettivamente:*

*procedura a struttura monofasica e a struttura bifasica*

*Struttura bifasica delle procedure ristrette:*

*Fase di verifica dell'ammissibilità*

*Fase di valutazione delle offerte*



Fermo questo, occorre peraltro ricordare che, a norma del Codice dei contratti pubblici, nelle procedure ristrette aventi ad oggetto lavori pubblici la fase di selezione dei concorrenti può assumere, nel caso in cui sia stabilito un numero massimo di concorrenti, contenuti anche diversi dalla analoga fase interna alle procedure aperte.

Infatti, laddove il numero dei candidati in possesso dei requisiti minimi di partecipazione superi il numero massimo di candidati da invitare ad offrire, dovranno essere selezionati, già nella prima fase della procedura, i candidati *maggiormente idonei* per la partecipazione alla competizione, sino a concorrenza del suddetto numero massimo, secondo ovviamente criteri obiettivi già predeterminati nel bando di indizione della gara.

Le note di base che prescindono evidentemente dalle specifiche previsioni valevoli per la Regione Sicilia, la considerazione delle quali deve necessariamente avvenire distintamente per settore economico-funzionale di riferimento.

Per quanto riguarda i contratti per la fornitura di beni e servizi di valore superiore alla soglia comunitaria, trovando in queste ipotesi applicazione, come detto, il Codice dei contratti pubblici, la regola è che le stazioni appaltanti utilizzino di preferenza le procedure ristrette quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione, o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 55, comma 2, d.lgs. 163/2006).

***Fornitura di beni e servizi "sopra soglia": preferenza procedure ristrette***

In pratica, ciò significa che tutte le volte in cui l'amministrazione metta a bando l'affidamento di un servizio sulla base di un progetto sufficientemente definito da non richiedere ulteriore apprezzabile attività di progettazione da parte dei concorrenti, il metodo di aggiudicazione sarà di regola quello del prezzo più basso e la procedura, *preferenzialmente*, sarà di tipo ristretto.

Peraltro, ciò non rappresenta un vincolo insuperabile, in quanto è da ritenersi, in considerazione della locuzione impiegata nel Codice ("*di preferenza*"), che nell'esercizio dei poteri discrezionali loro riconosciuti le amministrazioni ben potranno procedere, adeguatamente motivando, anche attraverso la metodologia della procedura aperta.

***Preferenza e non obbligo***

Da notare che tale ordine preferenziale è stato introdotto direttamente dal Legislatore nazionale, non rinvenendosi alcuna analoga previsione a livello di normativa comunitaria.

***Contratti di lavori pubblici: preferenza pubblico incanto che è una procedura aperta***

Per quanto invece riguarda i contratti di lavori pubblici, la situazione è maggiormente articolata.

Il testo recepito e coordinato della legge n. 109/1994, infatti, prevede

***Concessione di***

(art. 19, comma 1) che i contratti di appalto, quale che ne sia la struttura e/o contenuto, siano aggiudicati mediante *pubblico incanto*, mentre dispone che le concessioni di lavori siano invece affidate previo esperimento di procedura di *licitazione privata*.

*lavori:  
preferenza  
licitazione  
privata  
che è una  
procedura  
ristretta*

A parte l'aspetto puramente terminologico (il pubblico incanto altro non è se non la procedura aperta del lessico comunitario, mentre la licitazione privata rappresenta la forma ordinaria di procedura ristretta <sup>22</sup>), le differenze fondamentali, sul punto, fra la normativa regionale e quella nazionale (Codice dei contratti, art. 54 per gli appalti e 144 per le concessioni) sembrano essere le seguenti:

(a) la normativa regionale non lascia alle amministrazioni procedenti margini di scelta circa la procedura da seguire (aperta per gli appalti e invece ristretta per le concessioni), mentre il Codice dei contratti pubblici mantiene di fatto la decisione finale in merito in capo alle amministrazioni dette;

(b) l'istituto della procedura ristretta semplificata, previsto dall'art. 23 della legge 109 /1994 nazionale (non recepito) e dall'art. 77 del dpr. 554/1999 quale modalità di affidamento di appalti di lavori, non trova applicazione in Sicilia, in quanto questi ultimi all'interno della Regione sono espressamente da aggiudicarsi solo attraverso la procedura del pubblico incanto (ex art. 20, comma 1 legge 109/1994 coordinata).

*Appalto concorso  
struttura di  
procedura  
ristretta*

Peraltro, una parziale eccezione alla regola di cui sub (a) si incontra con riferimento all'**appalto concorso**, che pur essendo una procedura evidentemente finalizzata all'affidamento di contratto di appalto, e non di concessione, possiede la struttura propria delle procedure ristrette, e non di quelle aperte.

Ai sensi del comma 4 dell'art. 20 della legge 109/1994 (testo coordinato), l'affidamento di appalti mediante appalto concorso è peraltro consentito solo a seguito di motivata decisione delle stazioni appaltanti, previo parere della Commissione regionale dei lavori pubblici, per speciali lavori o per la realizzazione di opere complesse o ad elevata componente tecnologica, la cui progettazione richieda il possesso di competenze particolari o la scelta tra soluzioni tecniche differenziate.

*In gara avviene  
la individuazione  
del progetto  
esecutivo*

Lo svolgimento della gara è effettuato sulla base di un progetto preliminare, nonché di un capitolato prestazionale corredato dell'indicazione delle prescrizioni, delle condizioni e dei requisiti tecnici inderogabili. L'offerta ha ad oggetto il progetto esecutivo ed il prezzo.

In pratica, potrà ricorrersi a tale procedura quando la complessità dell'opera renda conveniente per l'amministrazione andare a gara con

il solo progetto preliminare, rinviando quindi l'individuazione del progetto esecutivo all'esito della competizione fra i diversi progetti esecutivi predisposti dagli operatori di mercato istanti per l'affidamento.

***La scelta tra  
procedura aperta  
e ristretta***

\* \* \*

Tenendo da parte l'ipotesi speciale dell'appalto concorso, laddove l'opzione procedura aperta / ristretta effettivamente sussiste (come detto, è il caso dei contratti di fornitura o di servizi), vale la pena chiedersi quali possano essere in concreto le determinanti di tale scelta.

Possono in merito segnalarsi almeno tre direttrici di ragionamento:

- ◆ quando ai partecipanti alla procedura è richiesta la presentazione in sede di gara di una offerta non solo economica ma anche tecnica (offerta tecnico-economica o offerta propositiva o offerta progetto), la selezione *anticipata* dei concorrenti a cui effettivamente richiedere tale impegno di progettazione può rappresentare un elemento di razionalizzazione delle energie progettuali a disposizione del sistema;
- ◆ nella medesima suindicata situazione la commissione aggiudicatrice è evidentemente chiamata a compiere un esercizio di valutazione e comparazione tecnica di una certa consistenza e deve perciò essere necessariamente composta da esperti tematici del settore, piuttosto che da risorse con competenze puramente burocratiche ed amministrative; concentrare l'attività di tali esperti sulla attività loro verosimilmente più congeniali, ovvero quella di valutazione tecnica, sollevandoli quindi da tutte le preliminari e spesso assai onerose verifiche di ammissibilità delle candidature, può risultare in un momento di non indifferente snellimento e razionalizzazione dell'intera operazione;
- ◆ ancora nella medesima situazione, può darsi il caso che un numero eccessivo di offerte renda meno efficace la stessa attività di comparazione reciproca delle offerte richiesta alla commissione giudicatrice.

Anche tuttavia quando ricorrano condizioni molto diverse, è possibile che una procedura ristretta risulti maggiormente rispondente alle specifiche esigenze dell'amministrazione.

Si pensi a contratti di importo molto limitato, per i quali l'acquisizione di un numero troppo grande di offerte finirebbe per gravare oltre

misura sull'economia, sulla tempistica e sulla razionalità stessa dell'operazione.

Ma si pensi per converso anche a contratti di importo particolarmente elevato o di complessità fuori dal comune, per i quali siano fissati requisiti o soglie di partecipazione di difficilissimo raggiungimento e di altrettanto complessa verifica: anche rispetto a tali contratti la scissione della procedura di affidamento in due fasi nettamente distinte potrebbe risultare di fatto assolutamente conveniente.

Fuori dalle ipotesi legislativamente previste, dunque, la scelta fra una procedura aperta ed una procedura ristretta appare strettamente legata alle caratteristiche concrete del contratto in affidamento, nonchè allo stesso livello di definizione dei documenti di progettazione che l'amministrazione precedente pone a fondamento della procedura.

Nel quadro che segue sono indicate in forma sintetica le principali informazioni presentate nel presente paragrafo.

Per ragioni di ordine sistematico nello stesso quadro vengono forniti alcuni riferimenti relativi alle concessioni di servizi, seppure - come sottolineato in precedenza - trattasi di una figura funzionalmente molto diversa da tutte le altre considerate.

## Schema VII.1.2.a Adozione procedure

<i>tipologia</i>	<i>procedura</i>	<i>condizioni legittimanti</i>	<i>principali riferimenti normativi</i>
<b>appalti di servizi</b>	ristretta	nessuna: <b>soluzione preferenziale</b>	art. 28 Direttiva Unica art. 55 Codice dei contratti art. 32 legge reg. 7/2002
	aperta	decisione motivata, maggiore convenienza rispetto alla procedura ristretta, dati i termini concreti dell'operazione	art. 28 Direttiva Unica artt. 55 e 62 Codice dei contratti art. 32 legge reg. 7/2002
<b>appalti di forniture</b>	ristretta	nessuna: soluzione preferenziale	art. 28 Direttiva Unica art. 55 Codice dei contratti art. 31 legge reg. 7/2002
	aperta	decisione motivata, maggiore convenienza rispetto alla procedura ristretta, dati i termini concreti dell'operazione	art. 28 Direttiva Unica artt. 55 e 62 Codice dei contratti art. 31 legge reg. 7/2002
<b>appalti di lavori di sola esecuzione</b>	<b>pubblico incanto</b>	nessuna: <b>soluzione ordinaria</b>	art. 28 Direttiva Unica art. 20, comma 1, legge 109/1994 coordinata
	appalto concorso	decisione motivata, previo parere della Commissione regionale dei lavori pubblici, per speciali lavori che comportino la scelta tra soluzioni tecniche complesse e differenziate	art. 28 Direttiva Unica art. 20, comma 4, legge 109/1994 coordinata
<b>appalti di lavori di esecuzione e progettazione (appalti integrati)</b>	pubblico incanto	nessuna: soluzione ordinaria	art. 28 Direttiva Unica art. 19, comma 2, lett. b ed art. 20, comma 1, legge 109/1994 coordinata
<b>concessioni di servizi</b>	gara informale fra almeno 5 concorrenti, nel rispetto dei principi generali per i contratti pubblici	nessuna: soluzione ordinaria	art. 1, comma 4 e art. 17 Direttiva Unica art. 3, comma 12 e art. 30 Codice dei contratti
<b>concessioni di lavori</b>	licitazione privata	nessuna: soluzione ordinaria	artt. 56 e segg., Direttiva Unica art. 20, comma 2, legge 109/1994 coordinata

Legenda	
Procedure aperte	
Procedure ristrette	

### VII.1.3 Procedure negoziate

Nella prassi applicativa, la locuzione "procedura negoziata" o "trattativa privata" richiama essenzialmente quegli affidamenti ai quali si procede senza previo esperimento di una procedura concorrenziale formalizzata, come il pubblico incanto o la licitazione privata.

In effetti, tuttavia, il tratto distintivo della figura è parzialmente diverso, così come emerge dalla definizione della stessa presenta all'art. 1, comma 11, lett. d, della Direttiva Unica Appalti:

**Definizione ex  
Direttiva Appalti**

*"Le procedure negoziate sono le procedure in cui le amministrazioni aggiudicatrici consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto."*

Il momento della negoziazione, contrapposto alla automaticità tipica delle figure maggiormente formalizzate, è dunque ciò che, quantomeno sul piano teorico contraddistingue tali procedure.

**Peculiarità delle  
procedure: la  
negoziante**

Peraltro - specialmente in quanto l'automaticità del meccanismo di individuazione del contraente è elemento che, in linea di principio, fornisce maggiori garanzie di imparzialità e quindi anche di efficacia - nell'ordinamento comunitario il ricorso alle procedure negoziate è trattato come una evenienza straordinaria o per meglio dire condizionata alla sussistenza di specifiche condizioni legittimanti.

**Direttiva Unica**

Può, cioè, procedersi attraverso dette procedure solo quando ricorra almeno una delle situazioni specificamente previste negli elenchi, rigorosamente tassativi, previsti agli artt. 30 ("previo bando") e 31 (senza previo bando) della Direttiva Unica.

**Art. 30  
Procedure  
negoziante previo  
bando**

Quest'ultima comunque ripropone senza sostanziali modifiche la duplice configurazione già da tempo invalsa a livello comunitario, costituita appunto dalla procedura negoziata che prevede la previa pubblicazione di un bando di gara e la procedura negoziata che invece tale pubblicazione non prevede (corrispondente alla figura della trattativa privata tradizionale).

**Art. 31  
Procedure  
negoziante senza  
previo bando**

Il Codice dei contratti pubblici riproduce fedelmente tale sistema (già peraltro recepito negli strumenti di attuazione delle direttive di settore precedentemente in vigore), in particolare all'art. 56 per le procedure che richiedono la pubblicazione del bando ed all'art. 57

**Codice dei  
contratti pubblici**

---

<sup>23</sup> Con l'art. 1, comma 1, lett. e) del d.lgs. 113/2007 sono state eliminate due ulteriori ipotesi in precedenza legittimanti il ricorso alla procedura negoziata preceduta da bando, ovvero:

- il caso in cui non fosse risultato possibile, per ragioni straordinarie non imputabili all'amministrazione, procedere alla fissazione preliminare del prezzo di riferimento;

- il caso in cui, per servizi di cui alla categoria n. 6 dell'allegato IIA e/o per prestazioni di natura intellettuale, non fosse risultato possibile determinare adeguatamente le specifiche tecniche del costituendo rapporto.

per quelle altre che invece prescindono da tale pubblicazione, apportandovi tuttavia almeno due importanti contenuti integrativi:

- viene stabilito un *minimum* di garanzie procedurali (costituenti la cd. piccola evidenza pubblica) da osservarsi anche nel caso di procedure senza bando (cfr. art. 57, comma 6); *cd. piccola evidenza pubblica*
- l'applicazione del sistema di regole posto con riferimento ai contratti sopra soglia viene estesa anche ai contratti di valore inferiore alla soglia comunitaria (con ciò sostanzialmente *pensionando* l'art. 41 del regolamento di contabilità di Stato, di cui al r.d. 827/1924). *contratti pubblici*

Venendo quindi alla **Regione Sicilia**, la situazione risulta essere quella di seguito tratteggiata.

*Le procedure negoziate in Sicilia*

Con riferimento agli appalti sopra soglia aventi ad oggetto **servizi**, si applica, come noto, la disciplina stabilita nel Codice degli appalti pubblici, in virtù del rinvio dinamico verso la normativa nazionale appalti operato dall'art. 31 della legge regionale n. 7 del 2002.

**Servizi** "sopra soglia" rinvio dinamico.

Potrà quindi seguirsi il dispositivo della procedura negoziata previa pubblicazione di apposito bando di gara (ex art. 56, comma 1. lett. a) del d.lgs. 163/2006) in un'unica tassativa ipotesi<sup>23</sup>, vale a dire:  
- quando, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate siano risultate irregolari oppure inammissibili.

Potrà peraltro omettersi la pubblicazione del bando qualora vengano invitati alla procedura tutti i concorrenti - purchè in possesso dei prescritti requisiti - che nella procedura precedente abbiano presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima.

Sempre con riferimento al settore dei servizi, è ammesso il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando nelle ulteriori tassative ipotesi:

- qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura (art. 57, comma 2, lett. a), d.lgs. 163/2006);
- qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato art. 57,

comma **2**, lett. **b**], d.lgs. 163/2006);

- nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti e ad esse in alcun modo imputabile, non risulti compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara art. 57, comma **2**, lett. **c**], d.lgs. 163/2006);
- 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 art. 57, comma **4**, lett. **a**], d.lgs. 163/2006);
- per i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di circostanze impreviste, siano divenuti necessari all'esecuzione del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale (art. 57, comma **5**, lett. **a**], d.lgs. 163/2006), purché vengano aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio ed inoltre:
  - tali servizi complementari non possano essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento;
  - il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per detti servizi complementari non superi il 50 % dell'importo del contratto iniziale;
- per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante (art. 57, comma **5**, lett. **b**], d.lgs. 163/2006), purchè:
  - tali servizi siano conformi a un progetto di base oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta;
  - tale nuovo affidamento intervenga nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale;
  - la possibilità di ricorrere a tali nuovi affidamenti sia stata esplicitata nel bando di gara da cui deriva il contratto originario;



- l'importo complessivo stimato dei servizi successivi venga computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di applicazione della normativa comunitaria.

Con riferimento agli appalti soprasoglia aventi ad oggetto **forniture di beni**, potrà seguirsi il dispositivo della procedura negoziata previa pubblicazione di apposito bando di gara (ex art. 56, comma 1. lett. a] del d.lgs. 163/2006) nella medesima tassativa ipotesi valevole per i servizi, vale a dire quando, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate siano risultate irregolari oppure inammissibili.

**Forniture di beni**  
**"Sopra soglia"**

**Procedura negoziata previa pubblicazione del bando nel caso di infruttuoso esperimento procedura**

Come per i servizi, potrà omettersi la pubblicazione del bando qualora vengano invitati alla procedura tutti i concorrenti - purchè in possesso dei prescritti requisiti - che nella procedura precedente abbiano presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima.

**Casi in cui si può mettere la pubblicazione**

Sempre nell'ambito dei contratti aventi ad oggetto forniture di beni, il Codice dei contratti prevede il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando nelle seguenti specifiche ipotesi (art. 57, comma 3, lettere da a] a d]):

- a) qualora i prodotti oggetto del contratto siano fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione, di studio o di sviluppo, a meno che non si tratti di produzione in quantità sufficiente ad accertare la redditività del prodotto o a coprire i costi di ricerca e messa a punto;
- b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni;
- c) per forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime;
- d) per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un

fallimento, di un concordato preventivo, di una liquidazione coatta amministrativa, di un'amministrazione straordinaria di grandi imprese.

Con riferimento alle procedure negoziate destinate all'affidamento di **lavori pubblici** (in Sicilia), la situazione appare maggiormente articolata. **Lavori pubblici e procedure negoziate**

Innanzitutto si ricorda che per l'affidamento di concessioni di lavori pubblici, così come peraltro a livello nazionale, non è previsto alcun istituto simile alla trattativa privata: l'unica via percorribile nella Regione Sicilia è dunque quella della licitazione privata.

Per quanto concerne gli appalti, il riferimento cardine è il già citato art. 24 ("trattativa privata") della legge 109/1994, testo coordinato, a' termini del quale l'affidamento a trattativa privata è ammesso per gli appalti di lavori pubblici esclusivamente nei seguenti casi:

- a) lavori di importo complessivo non superiore a 150.000 euro, nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato e, in particolare, dell'articolo 41 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827;
- b) lavori di importo complessivo superiore a 150.000 euro, nel caso di ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa, qualora motivi di imperiosa urgenza attestati dal dirigente o dal funzionario responsabile del procedimento rendano incompatibili i termini imposti dalle altre procedure di affidamento degli appalti;
- c) appalti di importo complessivo non superiore a 150.000 euro, per lavori di restauro e manutenzione di beni mobili e superfici architettoniche decorate di cui alla legge 1° giugno 1939, n. 1089, e successive modificazioni.

Riguardo l'ipotesi sub **a)**, si ricorda che l'art. 41 del rd. 827/1924 (a livello nazionale oggetto di abrogazione implicita ad opera del d.lgs. 163/2006) consente (o *consentiva*, a seconda della prospettiva) il ricorso alla trattativa privata nelle seguenti ipotesi:

*" 1) quando gli incanti e le licitazioni siano andate deserte o si abbiano fondate prove per ritenere che, ove si sperimentassero, andrebbero deserte;*

*2) per l'acquisto di cose la cui produzione è garantita da privativa industriale o per la cui natura non è possibile promuovere il concorso di pubbliche offerte;*

3) *quando trattasi di acquisto di macchine, strumenti o oggetti di precisione che una sola ditta può fornire con i requisiti tecnici e il grado di perfezione richiesti;*

4) *quando si debbano prendere in affitto locali destinati a servizi governativi;*

5) *quando l'urgenza dei lavori, acquisti, trasporti e forniture sia tale da non consentire l'indugio degli incanti o della licitazione;*

6) *e in genere in ogni altro caso in cui ricorrano speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite [...] " le procedure di gara ordinarie.*

Differentemente da come avveniva nella vigenza diretta del Regolamento di contabilità di Stato, comunque, tali condizioni legittimano il ricorso alla trattativa privata solo sino ad una determinata soglia di valore, pari come detto, ad euro 150.000.

Riguardo l'ipotesi sub **b)**, può osservarsi come si tratti invece dell'unica situazione che giustifica l'esperimento di trattativa privata a prescindere dal valore del contratto in affidamento. Il tenore anche solo letterale di tale disposizione ("*... eventi imprevedibili di natura calamitosa ...*", "*... urgenza imperiosa ...*"), peraltro, bene sottolinea il carattere assolutamente eccezionale di tale procedura.

Nell'ipotesi sub **c)**, al contrario, l'elemento della straordinarietà è pressoché insussistente, ricorrendo invece solo il limite oggettivo (i lavori della specie indicata) in associazione con il limite economico dato (non oltre 150.000 euro).

In tutte queste ipotesi l'affidamento avviene previo esperimento di gara informale alla quale debbono essere invitati almeno cinque concorrenti nei comuni con popolazione inferiore a 10.000 abitanti e almeno dieci concorrenti nei comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti.

Il sistema normativo della Regione Sicilia riguardo le procedure di trattativa privata non si esaurisce tuttavia nelle disposizioni sopra richiamate.

Lo stesso art. 24 cit., al comma 6, include implicitamente fra le diverse ipotesi di trattativa privata anche il ricorso all'esecuzione di lavori in regime di economia, ammessi fino all'importo di 200 mila ECU (euro), mentre il successivo art. 24-bis regola l'istituto, per diversi aspetti assimilabile, del cottimo-appalto.

Se si accetta il rischio di vedere associati strumenti funzionalmente anche non omogenei, può quindi ricostruirsi la seguente casistica:

- ◆ sino all'importo di 150.000 euro può procedersi a trattativa privata nei casi di cui all'art. 41 del rd. 827/1924, nonchè per lavori di restauro e manutenzione di beni mobili e superfici architettoniche decorate di cui alla legge 1° giugno 1939, n. 1089;
- ◆ sino a concorrenza del medesimo importo di 150.000 euro potrà esperirsi la procedura semplificata del cottimo-appalto, non soggetta a specifiche situazioni legittimanti;
- ◆ sino a concorrenza dell'importo di 200.000 euro potrà farsi ricorso agli affidamenti in economia, nei casi individuati all'art. 88 del dpr. 554/1999;
- ◆ a prescindere dal valore del contratto in affidamento, potrà seguirsi la via della trattativa privata nel caso di lavori di ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa, qualora motivi di imperiosa urgenza rendano incompatibili i termini imposti dalle altre procedure di affidamento.

Tutti gli aspetti più propriamente procedurali per ciascuna delle forme qui considerate saranno comunque ripresi nei capitoli successivi.

Quello che segue è un quadro riepilogativo generale delle ipotesi di procedura negoziata per contratti di importo stimato superiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria.

<i>tipologia</i>	<i>condizioni legittimanti</i>	<i>tipo di procedura</i>	<i>rifer. Norm.</i>
<b>appalti di servizi</b>	quando, in esito ad una procedura aperta o ristretta o ad un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate siano risultate irregolari o inammissibili	<i>previo bando</i>	art. 56, comma 1, Codice dei contratti
	quando, in esito ad una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura		art. 57, comma 2, lett. a], Codice dei contratti
	quando, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato		art. 57, comma 2, lett. b], Codice dei contratti
	nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti e ad esse in alcun modo imputabile, non risulti compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte,	<b>senza previo bando</b>	art. 57, comma 2, lett. c], Codice dei contratti
	quando 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		art. 57, comma 4, lett. a], Codice dei contratti
	(a determinate condizioni) per i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di circostanze imprevedute, siano divenuti necessari all'esecuzione del servizio oggetto del progetto o del contratto		art. 57, comma 5, lett. a], Codice dei contratti
	(a determinate condizioni) per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante		art. 57, comma 5, lett. b], Codice dei contratti
<b>appalti di forniture</b>	quando, in esito ad una procedura aperta o ristretta o ad un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate siano risultate irregolari o inammissibili	<i>previo bando</i>	art. 56, comma 1, Codice dei contratti
	qualora i prodotti oggetto del contratto siano fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione, di studio o di sviluppo	<b>senza previo bando</b>	art. 57, comma 3, lett. a], Codice dei contratti
	per 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 l'amministrazione ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche		art. 57, comma 3, lett. b], Codice dei contratti
	per forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime		art. 57, comma 3, lett. c], Codice dei contratti
per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di una procedura concorsuale	art. 57, comma 3, lett. d], Codice dei contratti		
<b>appalti di lavori</b>	per lavori di ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa, qualora motivi di imperiosa urgenza attestati dal dirigente o dal funzionario responsabile del procedimento rendano incompatibili i termini imposti dalle altre procedure di affidamento degli appalti	<b>senza previo bando</b>	art. 24, comma 1, lett. b), della legge 109/1994 coordinata

## **VII.2 Procedure cd. innovative**

### **VII.2.1 Considerazioni minime di sistema**

*Le procedure innovative*

Si è detto che fra le procedure innovative, ovvero essenzialmente quelle introdotte con le ultime direttive comunitarie in materia di appalti, vengono in genere ricomprese il dialogo competitivo, gli accordi quadro, il sistema dinamico di acquisizione e le centrali di committenza, nonché per certi aspetti, la modalità dell'asta elettronica.

Nella consapevolezza che si tratta anche in questo caso di un elenco parzialmente spurio, in quanto prende in considerazione strumenti funzionalmente eterogenei (l'asta elettronica, ad esempio, non è in effetti una procedura di scelta del contraente, ma una semplice modalità di esperimento applicabile a diverse procedure, così come la centrale di committenza è un istituto di carattere più organizzativo che procedurale), di seguito si ricordano quindi brevemente i tratti principali di tali figure.

*Applicazione nei diversi settori*

In merito, peraltro, sembra opportuno premettere alcune considerazioni di carattere preliminare.

Le figure sopra menzionate provengono, per così dire, dalle direttive appalti e sono state successivamente recepite nell'ordinamento nazionale attraverso il d.lgs. 163/2006, con cui è stata attuazione alle direttive dette.

Le stesse figure sono tutte virtualmente suscettibili di applicazione in ciascuno dei tre settori tipologici di riferimento (lavori, servizi e forniture), fatta eccezione solo per il sistema dinamico di acquisizione, quale procedura destinata unicamente al settore dei servizi ed a quello delle forniture.

*Sono applicabili nel settore **servizi** e **forniture** – rinvio dinamico*

Per quanto concerne la Regione Sicilia, non presenta dubbi l'operatività delle disposizioni del Codice di cui trattasi con riferimento al settore dei servizi ed a quello delle forniture, giusta il noto rinvio dinamico verso la normativa nazionale di attuazione operato agli artt. 31 e 32 della legge regionale n. 7 del 2002.

*Limiti di applicazione nel settore dei **lavori pubblici***

Meno scontata è invece la ricostruzione del regime di applicabilità delle medesime figure nell'ambito dei lavori pubblici.

Richiamando quanto in via generale osservato nel primo capitolo, è noto che sulla base della Circolare della Regione Sicilia (Assessorato dei Lavori Pubblici) del 18 settembre 2006, il Codice dei contratti non troverebbe applicazione diretta in Sicilia con riferimento al settore

dei lavori pubblici, se non per ambiti riservati alla competenza esclusiva del Legislatore nazionale (es. arbitrato e giurisdizione), fermi comunque restando gli obblighi di adeguamento in capo al Legislatore invece regionale.

Nella stessa Circolare viene poi rappresentato che il Codice dei contratti va, inoltre, applicato ove recepisca norme comunitarie immediatamente precettive (cd. direttive "self executing"), portandosi ad esempio l'istituto del dialogo competitivo (art. 58) o dell'avvalimento (art. 49).

**Norme comunitarie precettive**

Fra le disposizioni contenute nelle direttive comunitarie sembra peraltro di dover distinguere due specie diverse:

- quelle a carattere propriamente precettivo, che in quanto tali possono definirsi ad applicazione obbligatoria (per restare all'esempio portato nella Circolare detta, può menzionarsi l'istituto dell'avvalimento, attraverso cui è data la possibilità ai candidati o concorrenti di una procedura di avvalersi, a determinate condizioni, dei requisiti di capacità tecnica ed economica di altri soggetti);

**Norme comunitarie con funzione "legittimante"**

- e quelle altre che tale carattere precettivo non possiedono, avendo invece semplicemente una funzione ampliativa della potestà dispositiva dei diversi legislatori infracomunitari.

Della prima specie di norme, in quanto poste essenzialmente a presidio delle libertà economiche garantite dall'ordinamento comunitario, si impone evidentemente comunque l'applicazione, a prescindere da qualsiasi intervento di attuazione operato a livello infracomunitario.

Invece la seconda specie di norme - avendo una funzione essenzialmente *legittimante*, piuttosto che *precettiva* - non necessariamente troverà riscontro negli ordinamenti nazionali o subnazionali, nell'ambito dei quali potrà infatti decidersi di non dar seguito al semplice ampliamento delle facoltà riconosciute a livello comunitario.

**In Sicilia**

E di tali norme, quando in effetti detto riscontro non si rinviene, riesce difficile ipotizzare l'applicazione diretta, deliberata cioè in via autonoma da singole amministrazioni appaltanti, a prescindere da specifici provvedimenti normativi di recepimento o attuazione.

**Nei lavori pubblici non si fa ricorso alle figure del Dialogo competitivo, Accordi quadro, Sistema dinamico di acquisizione, Centrali di committenza, ed asta elettronica**

Con riferimento allo svolgimento dei lavori pubblici nella Regione Sicilia, gli istituti di cui trattasi (dialogo competitivo, accordi quadro, sistema dinamico di acquisizione, centrali di committenza, ed asta elettronica) non sono previsti o richiamati - nè direttamente, nè indirettamente - nella normativa regionale di settore, così che la loro applicazione potrebbe discendere unicamente dalle disposizioni comunitarie.

Sulla base di quanto qui osservato, tuttavia, sembra quantomeno dubbio che singole amministrazioni possano farvi ricorso in assenza di qualsiasi fonte normativa regionale che tale ricorso preveda e legittimi (così come pacificamente avviene, ad esempio, nel caso dell'avvalimento).

## VII.2.2 Il dialogo competitivo

La prima figura totalmente nuova è quella del dialogo competitivo (art. 58, d.lgs. 163/2006), ovvero di procedura del tutto speciale a cui le stazioni appaltanti possono ricorrere nel caso di appalti particolarmente complessi, qualora ritengano che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non risulti idoneo per l'affidamento dell'appalto.

Lo stesso Codice dei contratti, in conformità peraltro alle previsioni della Direttiva unica, precisa quando un appalto debba ritenersi «particolarmente complesso», ovvero:

- ◆ quando la stazione appaltante non è oggettivamente in grado di definire adeguatamente i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi;
- ◆ oppure, quando non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto.

Qualora ricorra una di queste situazioni, l'amministrazione appaltante, invece di mettere direttamente in competizione, come di norma, gli operatori del settore sulla base di un progetto di intervento predefinito, avvia un dialogo preliminare con gli operatori che abbiamo chiesto di partecipare, al fine di individuare una soluzione idonea a soddisfare le proprie necessità, sulla base della quale i candidati selezionati saranno successivamente invitati a presentare le offerte vere e proprie.

Trattasi quindi di procedura costituita da due fasi ben distinte:

- nella prima, l'amministrazione pubblica un bando, a seguito del quale instaura una fase cd. dialogica con i candidati ammessi, finalizzata alla individuazione di una soluzione tecnico-economico-finanziaria rispondente alle proprie esigenze;
- quando ritiene di possedere dati ed informazioni a sufficienza, l'amministrazione chiude tale fase, e ne apre una seconda (cd. competitiva); in tale fase l'Amministrazione, previa predisposizione di un documento di progettazione assimilabile ad un progetto preliminare, invita i candidati a formulare la loro offerta definitiva sulla base del detto documento; tale

*in Sicilia  
figura non  
applicabile per i  
lavori pubblici*

*Figura da  
utilizzare negli  
appalti  
particolarmente  
complessi*

*Procedura a  
struttura bifasica*

*Fase cd. dialogica*

*Fase cd.  
Competitiva*

*Aggiudicazione  
con criterio*



offerta sarà necessariamente tanto tecnica come economica, *“offerta economicamente più vantaggiosa”* posto che l'unico criterio di aggiudicazione previsto per il dialogo competitivo è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa; in questa seconda fase si procede infine secondo modalità assimilabili all'appalto concorso tradizionale.

Per comprendere la *ratio* di tale strumento, può essere utile ricordare che a livello comunitario inizialmente si era pensato di limitare l'operatività dello stesso ai soli appalti di lavori e fra questi solamente a quelli per importo stimato superiore a 500 milioni di euro. Nel testo attuale sia della direttiva che del Codice entrambi tali limiti sono venuti meno, per cui, con riferimento agli appalti di servizi e forniture, può seguirsi la soluzione del dialogo competitivo alla sola condizione che la complessità dell'intervento sia tale da non risultare utilmente percorribili i sistemi di affidamento tradizionali. Non si tratta quindi certamente di uno strumento di uso corrente, ma da riservarsi appunto a situazioni connotate da un livello di complessità intrinseca assolutamente fuori dall'ordinario.

*Extrema ratio*

Con il secondo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 113/2007), è stato stabilito che l'entrata in vigore delle norme sul dialogo competitivo, già precedentemente a più riprese differita, avverrà contestualmente all'entrata in vigore del nuovo regolamento sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, previsto all'art. 5 del d.lgs. 163/2006 (definitivamente approvato dal Consiglio dei ministri del 21 dicembre 2007).

### VII.2.2 L'accordo quadro

L'accordo quadro (figura completamente nuova per gli appalti di servizi e di fornitura nei settori ordinari, ma già conosciuta nel nostro ordinamento in altri ambiti, come ad esempio nel settore dei settori cd. ex esclusi) può definirsi come un accordo concluso tra una stazione appaltante e uno o più operatori economici nel quale sono stabilite le condizioni - in particolare per quanto riguarda i prezzi - degli appalti di una specie determinata da aggiudicare durante un dato periodo a venire (cfr. art. 59 d.lgs. n. 163/2006).

*in Sicilia  
figura non  
applicabile per i  
lavori pubblici*

*Figura nuova per  
gli appalti di  
servizi e fornitura  
nei settori  
ordinari*

In sintesi la procedura per la conclusione di un accordo quadro è così strutturata:

- > vi è una prima fase che segue le linee di una ordinaria procedura di gara, aperta o anche ristretta, in esito alla quale viene formata una graduatoria e quindi stipulato l'accordo quadro con uno o più operatori economici, contenente le condizioni per i futuri affidamenti od ordinativi;
- > la seconda fase conosce invece diverse possibilità:

*Prima fase*

- se l'operatore con cui è stato stipulato l'accordo quadro, in base alle specifiche contenute nel bando di gara, è uno soltanto, allora quando l'amministrazione ha necessità di acquisire quei determinati beni o servizi stipula direttamente con quest'ultimo un vero e proprio contratto di fornitura, ovviamente secondo i termini prestabiliti nell'accordo ed a condizione che tali termini siano sufficientemente dettagliati da non richiedere una negoziazione ulteriore; *Seconda fase*
- lo stesso accade anche se è stato stipulato un accordo quadro con più operatori, ma è stato contestualmente stabilito un ordine di priorità attraverso cui attivare tale accordo con uno, prima che con un altro, di tali operatori;
- se invece l'accordo quadro è stato stipulato con più operatori e non è stato contestualmente stabilito un ordine di priorità attraverso cui attivare l'accordo stesso (oppure le condizioni di tale accordo non sono ancora sufficientemente dettagliate) allora la seconda fase consiste in una subprocedura competitiva, nella quale viene richiesto ai titolari del detto accordo di specificare o rilanciare la loro migliore offerta con riferimento allo specifico incarico in affidamento.

Il vantaggio atteso fondamentale di questa procedura consiste nel fatto che una volta concluso l'accordo quadro, la fase di affidamento vera e propria dovrebbe risultare particolarmente rapida e snella, specie, ma non soltanto, nell'ipotesi in cui non risulti necessario svolgere una fase competitiva o di rilancio.

*I vantaggi della  
procedura*

Il limite è invece che la stessa procedura mentre ha un raggio di operatività molto ampio per le forniture, incontra invece un campo di applicazione molto più contenuto per i servizi, in quanto, per espressa previsione del Codice (versione aggiornata al decreto correttivo n. 113/2007), è escluso il ricorso al dispositivo dell'accordo quadro per la progettazione e per gli altri servizi di natura intellettuale.

*I limiti della  
procedura*

Questo, evidentemente, in quanto servizi di questa natura non si prestano alla predeterminazione delle condizioni principali di offerta che rappresenta la caratteristica distintiva della procedura.

Così, ad esempio, potrà agevolmente usarsi lo strumento dell'accordo quadro per servizi di pulizia negli edifici, mentre dovranno necessariamente seguirsi soluzioni diverse nel caso di servizi di natura consulenziale.

### VII.2.3 Il sistema dinamico di acquisizione

Ulteriore figura di nuova introduzione è il sistema dinamico di acquisizione (art. 60 d.lgs. 163/2006).

Si tratta di un sistema aperto fondato su un processo di acquisizione delle offerte interamente elettronico.

Vi si può ricorrere per acquisti di uso corrente, aventi ad oggetto forniture di beni e servizi tipizzati e standardizzati, ed è caratterizzato dalla possibilità di acquisire dai medesimi concorrenti (prequalificati), entro un termine dato, una o più offerte migliorative della prima offerta presentata, cd. offerta indicativa.

Per quanto riguarda l'oggetto, può dirsi che l'ambito è in qualche misura prossimo a quello degli accordi quadro, in quanto anche in questo caso l'intervento deve consistere in forniture di beni e servizi standardizzati, con esclusione quindi di quegli appalti conformati in base a specifiche tecniche elaborate dal committente per rispondere alle esigenze di una specifica situazione.

Le caratteristiche distintive sono invece le seguenti:

- l'utilizzazione di soli mezzi elettronici;
- la possibilità di miglioramento progressivo delle offerte a titolo di rilancio.

Tali offerte potranno consistere unicamente in un prezzo, se il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, oppure in un prezzo e di determinati elementi anche tecnici, se il criterio è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Poichè però il sistema di aggiudicazione dovrà funzionare in ogni caso in via assolutamente automatica, con esclusione cioè di qualsiasi valutazione discrezionale o soggettiva delle offerte presentate, le variabili dell'offerta tecnica soggette a miglioramento dovranno conseguentemente essere suscettibili di valorizzazione automatica dal sistema elettronico che gestisce la procedura.

### VII.2.4 L'asta elettronica

La cd. asta elettronica, contemplata all'art. 85 del nuovo Codice, non è in effetti una procedura di gara, bensì una particolare modalità di aggiudicazione utilizzabile nell'ambito di una serie di procedure da loro anche molto diverse.

Così è possibile ricorrere ad un'asta elettronica sia nell'ambito di una procedura aperta, sia nell'ambito di una procedura ristretta, sia nella fase competitiva di un accordo quadro e sia nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione.

*in Sicilia  
figura non  
applicabile per i  
lavori pubblici*

*Procedura di  
acquisizione  
interamente  
elettronico*

*Utilizzata in  
genere per  
acquisti di uso  
corrente:  
fornitura di beni e  
servizi  
standardizzati*

*in Sicilia  
figura non  
applicabile per i  
lavori pubblici*

*Non è una  
procedura di gara  
ma una modalità  
di aggiudicazione*

La definizione che dà il codice dell'asta elettronica è la seguente:

*"L'asta elettronica" è un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso, 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."*

Praticamente l'unica condizione per il ricorso all'asta elettronica (a parte i presupposti e le garanzie di ordine tecnico-organizzativo) è che deve trattarsi di appalto le cui specifiche possono essere fissate in maniera precisa e dettagliata, di modo che la valutazione delle offerte rispondenti a tali specifiche sia effettuabile automaticamente attraverso un mezzo elettronico, sulla base di elementi quantificabili in modo tale da essere espressi in cifre o percentuali.

*Specifiche tecniche precise e dettagliate*

Restano quindi esclusi tutti gli appalti che abbiano una componente di progettazione, demandata ai concorrenti, appena significativa.

Un esempio di asta elettronica *necessaria* è rappresentato dalla fase competitiva dei sistemi dinamici di acquisizione, i quali può dirsi consistano in una asta elettronica che va di volta in volta ad innestarsi in un processo più articolato costituito appunto dal sistema dinamico di acquisizione.

*L'appalto non può avere ad oggetto una componente di progettazione*

Nulla tuttavia osta a che l'asta elettronica esaurisca l'intera procedura di gara, come in una procedura aperta, oppure la fase competitiva (cioè successiva alla selezione dei soggetti da invitare ad offrire) delle procedure ristrette.

Occorre peraltro ricordare che in virtù del regolamento approvato con dpr. 101/2002, sulla base della previsione di cui all'art. 24 della legge nazionale n. 340/2000, già prima d'ora per appalti sottosoglia (o anche sopra soglia nel caso della CONSIP), era a determinate condizioni possibile esperire aste elettroniche o comunque gare telematiche, vale a dire informate a meccanismi di offerta puramente elettronici.

### **VII.2.5 La centrale di committenza**

La centrale di committenza è una ulteriore figura organizzatoria (parzialmente) innovativa introdotta dal Codice dei contratti (**art. 33**).

Nella definizione del Codice, la centrale di committenza è un'amministrazione aggiudicatrice che acquista forniture o servizi (o aggiudica appalti di lavori, laddove applicabile) destinati ad altre amministrazioni, anche mediante conclusione di accordi quadro.

*in Sicilia figura non applicabile per i lavori pubblici*

*È una figura organizzatoria prevista e sottoposta alla*

***disciplina  
del Codice dei  
contratti***

Le amministrazioni e gli enti soggetti all'applicazione del Codice possono cioè provvedere all'acquisizione delle prestazioni loro occorrenti secondo una duplice fondamentale opzione:

- attraverso procedure di acquisizione condotte in prima persona;
- oppure facendo ricorso appunto ad apposite centrali di committenza, costituite per una serie anche indeterminata di operazioni.

L'esperienza maggiormente rilevante di centrale di committenza - che peraltro trae causa da fonti normative diverse dal Codice dei contratti - è sicuramente quella della CONSIP, ovvero della Società pubblica che stipula con diverse categorie di fornitori degli accordi quadro o convenzioni, di cui le singole amministrazioni del sistema possono avvalersi attraverso semplici ordinativi (per la Regione Sicilia, v.si l'art. 8, testo vigente, della legge regionale n. 20/2001).

***La Consip  
è una centrale di  
committenza***

È però anche consentito che più amministrazioni (ad esempio, più università o enti territoriali) possano associarsi o consorzarsi per la costituzione di una centrale di committenza comune, destinata a provvedere a tutti gli adempimenti procedurali necessari per l'acquisizione delle prestazioni di volta in volta occorrenti all'una o all'altra delle amministrazioni aderenti al sistema.

In questo caso si realizza un vero e proprio contratto a favore di terzo, in quanto le parti contraenti sono solamente la centrale di committenza e l'operatore economico selezionato, mentre l'amministrazione che ha interesse ad acquisire le prestazioni in affidamento risulterà semplice beneficiario del contratto stipulato dalle parti suindicate.

***La centrale di  
committenza  
stipula  
un contratto  
a favore di terzo  
(amministrazione)  
con l'operatore  
economico  
selezionato***

Naturalmente, le centrali di committenza sono tenute all'osservanza delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici.

## VIII - PROCEDURE PER L'AFFIDAMENTO DI CONTRATTI DI VALORE INFERIORE ALLA SOGLIA COMUNITARIA E/O DI ATTUAZIONE

Per quanto concerne l'affidamento di contratti di valore inferiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria e/o di attuazione, deve in primo luogo tornare ad evidenziarsi che la Direttiva Unica Appalti non pone una specifica regolamentazione in merito.

Tuttavia nel 2° *considerando* è espressamente ricordato che l'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata - a prescindere dal valore dell'operazione - al rispetto dei principi desumibili direttamente dal Trattato istitutivo.

Trattasi, in primo luogo - come è noto - dei principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, e quindi dei principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza.

*Anche "sotto soglia" si applicano i principi del Trattato istitutivo CE*

Se quindi certamente non può dirsi che tali fattispecie risultino

---

<sup>24</sup> Da alcune parti è stata posta la questione della legittimità di tale disciplina, revocabile eventualmente in dubbio sotto il profilo del superamento dei limiti della in cui sarebbe incorso il governo rispetto al mandato conferitogli con la relativa legge delega (n. 62/2005, cd. legge comunitaria per il 2005), tenuto anche conto dell'efficacia ultrastatale, ovvero vincolante anche per le Regioni, della normativa posta.

Tale disciplina è comunque sopravvissuta al vaglio della Corte Costituzionale (cfr., sentenza 401/2007 cit.), la quale peraltro sottolineato come l'intervento del legislatore statale deve in tale ambito comunque mantenersi nel rispetto dei canoni dell'adequatezza e della proporzionalità.

<sup>25</sup> Come è noto, peraltro, la consistenza di tali obblighi è anch'essa materia di discussione. Nella posizione della Regione Sicilia (cfr. Circolare 18 settembre 2006) tratterebbesi di obbligo adeguamento "ai principi fondamentali del codice dei contratti che costituiscono norme di grande riforma economico sociale"; mentre secondo altra lettura, anche in ciò facendo leva sulla cit. sentenza della Corte Costituzionale, tale adeguamento dovrebbe avere come riferimento non solo i principi fondamentali ma l'intero sistema di norme rientranti nei menzionati ambiti di competenza esclusiva dello Stato.

<sup>26</sup> Così come accade, all'art. 33, con riferimento ai settori speciali, cd. ex esclusi.

<sup>27</sup> Parzialmente concorrente, come si vedrà, con le disposizioni di cui all'art. 8 della legge regionale 20/2001, in materia di adesione alle Convenzioni CONSIP.

<sup>28</sup> Oggi allegato IIA del d.lgs. 163/2006. Si tratta dei servizi di consulenza gestionale e affini (cat. 11), nonché (cat. 12): dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, anche integrata; dei servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica; dei servizi affini di consulenza scientifica e tecnica; dei servizi di sperimentazione tecnica e analisi

<sup>29</sup> Cfr. capitolo IV.

<sup>30</sup> Tutte, anzi, salvo quella di cui alla lett. b) del primo comma dell'art. 1 della legge 109/1994 coordinata, ovvero: lavori di ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa, qualora motivi di imperiosa urgenza attestati dal dirigente o dal funzionario responsabile del procedimento rendano incompatibili i termini imposti dalle altre procedure di affidamento degli appalti.

*indifferenti* rispetto all'ordinamento comunitario, è vero anche che all'interno di tale ordinamento non si rinviene una disciplina positiva delle stesse se non attraverso il riferimento a principi di carattere generale.

Anche in questo caso soccorre comunque la Comunicazione interpretativa della Commissione europea C 179/2 del 2006 "*relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici*" (pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea del 1.8.2006), la quale come noto si riferisce tanto agli appalti esclusi (in tutto o in parte) in ragione dell'oggetto, quanto agli appalti esclusi in quanto di valore inferiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria.

I principi guida - di ordine teorico come anche pratico - contenuti all'interno di tale comunicazione sono stati già succintamente considerati al precedente paragrafo IV.3, al quale appare quindi conveniente rimandare.

Qui mette conto di segnalare ancora che tali principi riaffermano in linea di massima la regola della trasparenza e concorrenzialità negli affidamenti, nell'applicazione concreta della quale potrà comunque tenersi conto della rilevanza dell'operazione rispetto al mercato comune europeo.

Passando dal livello comunitario al livello interno, è noto che il legislatore nazionale ha invece introdotto nel Codice dei contratti pubblici (titolo II, artt. 121 e segg.) una disciplina organica anche degli appalti cd. sottosoglia, in pratica richiamando per gli stessi, salvo limitati aspetti od ipotesi, la medesima disciplina valevole per gli appalti cd. sopra soglia <sup>24</sup>.

Con riferimento alla **Regione Sicilia**, anche in questo ambito il quadro disciplinare cambia in ragione del settore di intervento.

Per ciò che riguarda il settore dei servizi e/o delle forniture, si è detto che risulta non controversa l'applicabilità del Codice dei contratti pubblici con riferimento ai contratti di importo stimato superiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria.

Stando poi al più volte richiamato recente intervento della Corte Costituzionale (sentenza n. 401/2007), gli ambiti materiali individuati all'art. 4, comma 3, del codice dei contratti pubblici (qualificazione e selezione dei concorrenti; procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; criteri di aggiudicazione; subappalto; poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la

**Servizi e forniture "sopra soglia" si applica il Codice dei Contratti**

vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; attività di progettazione e ai piani di sicurezza; stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; contenzioso) rientrano in ambiti di competenza legislativa *esclusiva* dello Stato, quali specificamente, a seconda del caso, la tutela della concorrenza, l'ordinamento civile e la giustizia.

**Art.4 3°c.  
Codice dei  
Contratti  
Ambiti di  
competenza  
legislativa  
esclusiva dello  
Stato**

Cosicché la disciplina posta dal legislatore nazionale con riferimento a tali ambiti - a prescindere dal valore delle operazioni - risulta in linea di principio vincolante anche con riferimento alle Regioni.

In virtù dello speciale regime statutario riconosciuto alla Regione Sicilia, peraltro, tale vincolo non comporta una automatica sostituzione delle norme regionali con le norme invece nazionali, bensì si traduce semplicemente in correlati obblighi, in capo al legislatore siciliano, di adeguamento alla normativa nazionale comune <sup>25</sup>.

In estrema sintesi, la situazione può essere così rappresentata.

**a]** Con riferimento ai contratti per l'acquisizione di servizi e di forniture:

**Acquisizione di  
servizi e di  
forniture**

- > il codice dei contratti pubblici si applica in Sicilia (in via diretta, vale a dire non quale semplice parametro di legittimità della normativa regionale) in virtù del richiamo dinamico operato dagli artt. 31 e 32 della legge regionale n. 7/2002 <sup>26</sup> verso la normativa di attuazione nazionale;
- > i medesimi suindicati articoli, tuttavia, nei commi successivi al primo, pongono una disciplina specifica per quanto concerne le operazioni sottosoglia <sup>27</sup>;
- > in ragione della previgenza di detta normativa speciale a carattere regionale - evidentemente non superata, in quanto contestuale, dal rinvio alla normativa nazionale di attuazione - la materia degli affidamenti di forniture e servizi sottosoglia continuerebbe ad essere regolata da tale medesima normativa, ferma restando:
  - la verifica di compatibilità della stessa con i principi costitutivi dell'ordinamento comunitario;
  - gli eventuali obblighi di adeguamento ancora gravanti sul Legislatore siciliano.

**b]** Con riferimento ai contratti per la realizzazione di lavori pubblici,

**Realizzazione di  
lavori pubblici**



fermi restando gli obblighi di adeguamento in capo al Legislatore siciliano, la normativa di riferimento rimane sempre quella discendente dalla legge 109/1994, testo coordinato, nonché dalle altre fonti ugualmente richiamate all'art. 1 della legge n. 7/2002 (dpr. 554/1999, dpr. 34/2000, e i dd.mm. n. 145/2000, n. 298/2000 e n. 398/2000).

Ciò premesso, può quindi procedersi ad esaminare più da presso i contenuti della disciplina valevole per i contratti di importo stimato inferiore a quello di applicazione della normativa comunitaria.

### **Appalti di forniture**

### **Appalti di forniture**

Sono previsti due scaglioni di valore, ciascuno con un differente regime disciplinare:

1. l'affidamento dei contratti di importo inferiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria e superiori a 100.000 euro è disciplinato dai regolamenti dell'amministrazione regionale e degli altri enti aggiudicatori (tipologicamente individuati alla lettera a), del comma 2, dell'articolo 2, della legge regionale n. 7/2002), le cui disposizioni dovranno comunque risultare coerenti con i principi posti dal dpr. n. 573 del 18 aprile 1994 (*"Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di aggiudicazione di pubbliche forniture di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario"*);
2. per l'affidamento dei contratti fino a 100.000 euro potrà procedersi a trattativa privata, mediante gara informale disciplinata dai regolamenti suindicati; non è comunque consentito, nel corso di uno stesso anno solare, affidare mediante trattativa privata ad una medesima impresa forniture il cui importo complessivo superi i 100.000 euro.

### **Appalti di servizi**

### **Appalti di servizi**

In questo caso è previsto un unico scaglione di valore, costituito dai contratti di importo inferiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria, i quali sono disciplinati dai regolamenti degli enti di cui sopra nel rispetto dei principi che discendono dalla normativa nazionale di attuazione (oggi, il Codice dei contratti pubblici).

Tali contratti, potranno affidarsi mediante trattativa privata, fatta

eccezione per quelli aventi per oggetto i servizi di cui alle categorie 11 e 12 dell'allegato 1 del d.lgs. 157/1995 e s.m.i. <sup>28</sup>, per i quali occorrerà quindi esperire una procedura di gara vera e propria.

Nel corso di uno stesso anno solare non sarà comunque possibile affidare a trattativa privata ad una stessa impresa servizi il cui importo complessivo raggiunga o superi la soglia comunitaria.

Il sistema sopra tratteggiato (tanto per le forniture come per i servizi) deve comunque essere coordinato con le disposizioni di cui all'art. 8 delle legge regionale n. 20 del 2001, le quali come è noto disciplinano il ricorso, per quanto concerne l'approvvigionamento di beni e servizi, al circuito nazionale acquisti della Consip s.p.a. <sup>29</sup>, mediante utilizzo delle convenzioni da questa stipulate ai sensi del comma 1, dell'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 e successive modifiche ed integrazioni.

### **Appalti di lavori**

### **Appalti di lavori**

La disciplina attualmente vigente nella Regione Sicilia con riferimento agli appalti di lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria si rinviene, come anticipato, nel testo unico sui lavori pubblici regionali, costituito dalla legge n. 109/1994 nella versione recepita e coordinata con la legge n. 7/2002 e successive modifiche ed integrazioni, fermo ovviamente il rispetto dei principi derivanti dal Trattato istitutivo CE, nonchè gli eventuali obblighi di adeguamento in capo Legislatore regionale.

Il quadro relativo può essere così sintetizzato:

- quando di tratti della realizzazione di lavori, la soglia di rilevanza comunitaria (euro 5.150.000) segna il limite di valore oltre il quale le direttive appalti trovano applicazione anche nella Regione Sicilia, a prescindere da qualsiasi intervento di recepimento od attuazione, ma non determina di per sè il passaggio da un regime disciplinare ad un altro, come invece accade in caso di appalti di servizi o forniture;
- tanto per importi superiori come per importi inferiori a tale soglia, ad esempio, si applica sempre l'art. 20 della cit. legge 109/1994 coordinata, in base al quale gli appalti di lavori sono affidati mediante procedura di pubblico incanto e le concessioni di lavori

sono affidate mediante procedura di licitazione privata;

- tale regola base deve comunque essere coordinata con la disciplina di alcune ipotesi speciali, ricorrendo le quali è consentito (solo per gli appalti) il ricorso a procedure diverse, ovvero l'appalto concorso (art. 20, comma 4. T.U. cit.), la trattativa privata (art. 24 T.U. cit.) e il cottimo-appalto (art. 24-bis T.U. cit.);
- alcune di queste ipotesi, ed esattamente il cottimo-appalto e quasi tutte le fattispecie di trattativa privata<sup>30</sup>, sono effettivamente percorribili, salvo altro, sino a concorrenza di un determinato valore (150.000 euro), ma trattasi di valore comunque ampiamente inferiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria;
- il sistema di affidamento degli appalti veri e propri deve essere inoltre coordinato con il sistema di esecuzione di lavori in economia, il quale però risulta intrinsecamente limitato ad operazioni di valore non superiore ad euro 200.000, quindi anche in questo caso assolutamente distanti dalla soglia di rilevanza comunitaria (euro 5.150.000).

Molte altre significative ricadute, come meglio verrà evidenziato nel prosieguo, ha naturalmente il valore dell'operazione sulla disciplina concreta della stessa, ma senza che in ciò risulti dirimente il superamento della soglia di rilevanza comunitaria (salvo sempre, a superamento avvenuto, l'applicazione diretta delle direttive appalti, nella parte autoesecutiva).

\* \* \*

Di seguito, si presenta un quadro riepilogativo minimo delle informazioni sin qui fornite riguardo gli affidamenti di importo inferiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria.

<b>Tabella VIII.1</b>	
<b>Affidamenti di importo inferiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria</b>	
<i>settore</i>	<i>procedure o sistemi</i>
<b>forniture</b>	<p>procedure come da regolamenti dell'amministrazione regionale o degli altri enti aggiudicatori, comunque coerenti con i principi desumibili direttamente dal Trattato istitutivo UE nonchè con principi posti dal dpr. n. 573/1994;</p> <p>per importi fino a 100.000 euro è comunque consentito il ricorso a trattativa privata mediante gara informale</p>
<b>servizi</b>	<p>procedure come da regolamenti dell'amministrazione regionale o degli altri enti aggiudicatori, comunque coerenti con i principi desumibili direttamente dal Trattato istitutivo UE nonchè con principi posti dal Codice dei contratti;</p> <p>potrà in ogni caso procedersi a trattativa privata, secondo i termini stabiliti nei regolamenti detti, fatta eccezione per i servizi di cui alle categorie CPC 11 e 12</p>
<b>lavori</b>	<p>procedure come da artt. 20 e segg. legge n. 109/1994 coordinata, ovvero:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• in caso di <b>appalti</b>, si procede mediante pubblico incanto (ex art. 20, legge 109/94 coord.), salvo i casi speciali in cui è consentito procedere mediante appalto concorso (ex art. 20, c. 4, legge cit.), oppure mediante trattativa privata (ex art. 24 legge cit.), oppure mediante cottimo appalto (ex art. 24-bis legge cit.), oppure in regime di economia (ex art. 24, comma 6, legge cit.);</li> <li>• in caso di <b>concessioni</b>, si procede in tutti i casi mediante licitazione privata</li> </ul>

## **IX - METODI DI AGGIUDICAZIONE**

### **IX.1 Quadro generale**

Quale che sia la procedura prescelta, in tutti i casi in cui l'amministrazione richieda a più soggetti, al fine di pervenire all'affidamento di un contratto, la presentazione di un offerta economica, oppure di un offerta tecnica unitamente ad una offerta economica, occorre naturalmente che sia previamente stabilito il metodo o il criterio attraverso cui verrà individuata, fra quelle validamente pervenute, l'offerta più soddisfacente per l'amministrazione stessa.

L'esigenza a ciò sottesa è peraltro duplice:

- massimizzare l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa, attraverso la predisposizione di strumenti di comparazione idonei a selezionare la proposta maggiormente rispondente al fabbisogno dell'amministrazione e/o conveniente sotto il profilo economico;
- garantire che l'accesso al contratto in affidamento avvenga in condizioni di libera competizione concorrenziale, attraverso la predisposizione di strumenti obiettivi che consentano lo svolgimento della selezione secondo criteri di trasparenza e parità di trattamento.

*Metodi di  
aggiudicazione:*

*Prezzo più  
basso*

*Offerta  
economica  
vantaggiosa*

Muovendo, come d'uso, dal livello normativo comunitario, si rileva innanzitutto che nella Direttiva Unica Appalti i metodi di aggiudicazione consentiti sono solamente due, ovvero il metodo tradizionale del prezzo più basso ed il metodo - peraltro divenuto ormai quasi altrettanto tradizionale - dell'offerta economicamente vantaggiosa (cfr. art. 53 Dirett. 2004/18/CE).

---

<sup>31</sup> Salvo, per la verità, ipotesi speciali, nelle quali anche componenti tecniche dell'offerta sono suscettibili di valutazione automatica, come ad esempio la cd. offerta tempo, nella quale viene premiato, mediante applicazione di coefficienti appunto matematici, l'anticipo della prestazione rispetto al termine massimo stabilito (si tratta, ad esempio, della "riduzione del tempo di esecuzione" considerata quale elemento premiante in alcuni nei bandi-tipo approvati con decreto in data 4.05.2006 dell'Assessorato del LL.PP. siciliano).

<sup>32</sup> V.si paragrafo X.2.

<sup>33</sup> Sentenza del 7 Ottobre 2004, causa C-247/02.

<sup>34</sup> Calcolata sino alla quarta cifra decimale, arrotondata alla unità superiore qualora la quinta cifra decimale sia pari o superiore a cinque.

Come è noto, quando il criterio è quello del prezzo più basso, l'aggiudicazione sarà disposta in favore del soggetto che avrà presentato l'offerta più conveniente, in termini meramente economici, per l'amministrazione, vale dire, salvo eccezioni, l'offerta che presenti il massimo ribasso rispetto alla base d'asta data (salve, ovviamente, le verifiche sulla congruità e sostenibilità dell'offerta di cui al successivo art. 55 della Direttiva cit.).

Quando invece il metodo è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nella valutazione e comparazione delle varie offerte insieme al criterio del prezzo concorrono "*altri criteri collegati all'oggetto dell'appalto pubblico in questione, quali, ad esempio, la qualità, [...] il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo d'utilizzazione, la redditività, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica, la data di consegna e il termine di consegna o di esecuzione.*" (art. 53 dirett. cit.).

***Progetto definitivo in genere negli appalti di forniture o servizi altamente standardizzati***

Al di là della elencazione esemplificativa di criteri presente nella direttiva - che peraltro, per servire a tutti e tre i settori di riferimento (lavori, servizi e forniture), può non risultare al lettore particolarmente equilibrata - quello che qui mette conto di osservare è che la scelta dell'un metodo piuttosto che dell'altro incide in effetti non solo sul momento finale dell'aggiudicazione della procedura, ma sulla stessa impostazione di alcuni fra i passaggi fondamentali dell'operazione di affidamento.

E difatti ben si comprende che potrà procedersi con il **metodo del prezzo più basso** solo quando il progetto di acquisizione o di intervento risulti già in ogni parte definito antecedentemente alla indizione della procedura.

Se il prezzo è l'unico elemento discriminante per la selezione, cioè, affinché le offerte siano reciprocamente comparabili è necessario che ogni altro elemento del progetto di acquisizione / intervento sia previamente determinato dalla stazione appaltante, senza alcun margine di integrazione in capo ai singoli concorrenti.

Se ciò rappresenta pressochè la norma nel caso di appalti di forniture, lo stesso non può dirsi per gli appalti di lavori e per gli appalti di servizi, per i quali in molti casi la componente di progettazione risulta di particolare consistenza.

In ogni caso, vale la regola generale secondo cui nell'aggiudicazione al

***I criteri ponderati***

prezzo più basso le offerte sono per definizione tutte uguali (salvo ovviamente il prezzo), così come per definizione le offerte devono tutte essere ugualmente eseguibili senza alcun ulteriore livello di progettazione (nel caso di forniture di servizi ciò accade, ad esempio, quando si tratta di erogare servizi altamente standardizzati, come nel caso dei servizi di pulizia negli edifici).

Quando queste condizioni non ricorrono, in quanto l'amministrazione procedente ritiene necessario, oppure semplicemente più conveniente, lasciare agli stessi concorrenti margini più o meno ampi per l'integrazione e la specificazione del progetto di acquisizione / intervento oggetto di gara, allora soccorre il metodo dell'**offerta economicamente più vantaggiosa**.

In questa ipotesi i concorrenti saranno quindi chiamati ad offrire, accanto al prezzo, anche determinate caratteristiche o componenti progettuali aggiuntive e/o specifiche, liberamente dai medesimi concorrenti determinate (seppure, ovviamente, entro i limiti fissati negli atti di indizione della procedura).

L'automaticità tipica dell'aggiudicazione al prezzo più basso viene in questo caso meno<sup>31</sup> e l'individuazione dell'offerta più soddisfacente passa invece per una valutazione operata mediante applicazione di un sistema di criteri ponderati, di ordine, almeno in parte, anche qualitativo (nel senso più lato del termine).

*L'equivalenza formale dei due metodi di aggiudicazione*

*è prevista nella:*

*a. Direttiva Unica*

Se la Direttiva Unica sancisce l'esclusività o tassatività dei due suddetti metodi, escludendo cioè il ricorso a metodi rispetto ad essi diversi ed alternativi, nel contempo ne stabilisce anche l'equivalenza formale.

Cioè a dire che nella normativa comunitaria non è dato rinvenire alcuna valutazione preferenziale circa il ricorso ad una via piuttosto che all'altra. Viene dunque rimesso alle singole amministrazioni procedenti di individuare il metodo nello specifico più vantaggioso in raffronto alle concrete caratteristiche del fabbisogno interno e del correlato progetto di acquisizione / intervento da porre in essere.

E l'elemento discriminante centrale rispetto a tale decisione è probabilmente appunto il livello di progettazione (di base o di massima, definitivo od esecutivo) di cui l'amministrazione dispone, o a cui l'amministrazione intende pervenire, al momento dell'indizione della procedura di affidamento.

*b. Codice dei Contratti*

Le ricadute più propriamente procedurali dell'opzione fra i due metodi di aggiudicazione verranno considerate nei successivi capitoli.

Qui ancora si vuole sottolineare di come si tratti di decisioni non semplicemente di ordine tecnico-procedurale, afferente la sola fase terminale del procedimento di selezione, ma invece di decisioni in buona misura conformativa dell'intero percorso finalizzato alla stipula del contratto di affidamento, con ampi riflessi e condizionamenti anche di ordine organizzativo.

Per suo conto il **Codice dei contratti pubblici** riproduce, agli artt 81 e segg., senza sostanziali scostamenti la disciplina posta dalla Direttiva Unica Appalti, recependo in particolare, oltre alla regola della tassatività (ovvero: prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa, con esclusione di metodi diversi), anche la regola della equivalenza, vale a dire la rimessione in capo alle singole amministrazioni procedenti della facoltà di scelta in merito, senza prefissati ordini o criteri preferenziali.

Mentre la prima regola era da tempo consolidata nel nostro sistema, la regola dell'equivalenza rappresenta, con riferimento ai lavori pubblici, un elemento di parziale novità. Infatti nell'ordinamento previgente (ovvero la legge quadro nazionale n. 109/1994, così come modificata sul punto dalla legge n. 266/2002) il ricorso al metodo del prezzo più basso rappresentava in sostanza la via ordinaria, mentre il ricorso al metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa era consentito solo in presenza di una serie di presupposti predeterminati (in sintesi: importo stimato superiore alla soglia comunitaria, prevalenza della componente tecnologica, oppure particolare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali).

Quale punto di sbocco di un articolato percorso giurisprudenziale, peraltro, la Corte di Giustizia con sentenza del 7 ottobre 2004 (causa C-247/02) era pervenuta a condannare lo Stato italiano in quanto il sistema di cui all'art. 21, commi 1 e 1<sup>ter</sup>, della legge Merloni risultava in contrasto con l'ordinamento comunitario, nella parte in cui, apponendo delle condizioni, non lasciava libera facoltà alle stazioni appaltanti di scegliere da se medesime il metodo di aggiudicazione.

Per la prevalenza dell'ordinamento comunitario rispetto a quello interno, tale pronuncia rendeva di fatto disapplicabile il suddetto sistema di cui all'art. 21, commi 1 e 1<sup>ter</sup>, della legge 109/1994, riattribuendo in questo modo alle singole amministrazioni libertà di autodeterminazione in merito.

Di fatto, quindi, la regola dell'equivalenza introdotta con il Codice dei



contratti pubblici (art. 81) ratifica e positivizza un principio già prima comunque suscettibile di immediata applicazione.

*c. Legge Regionale*

Per quanto più specificamente riguarda la **Regione Sicilia**, la situazione, relativamente al settore dei lavori pubblici, appare strettamente correlata alla vicenda evolutiva vissuta a livello nazionale.

*La L.r. 7 prevedeva metodo del "prezzo più basso" ma con la L.20/2007...*

Il testo della legge n. 109/1994 recepito con la legge regionale n. 7/2002 prevedeva quale unico metodo di aggiudicazione quello del prezzo più basso, fatta eccezione solamente per gli appalti concorso e per le concessioni, nelle quali ipotesi doveva seguirsi il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Successivamente all'introduzione nel testo della legge statale dell'art. 1<sup>-ter</sup> (avvenuta con la legge n. 266/2002), la medesima disposizione, con identica numerazione, è stata introdotta anche nel testo della legge 109/1994 applicabile nella Regione.

In virtù del sistema così delineatosi, la situazione risultava essere la seguente:

- per gli appalti di valore inferiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria restava senz'altro obbligatorio seguire il metodo del prezzo più basso;
- ugualmente per gli appalti di importo superiore alla detta soglia, era, di norma, obbligatorio seguire il metodo del prezzo più basso;
- solo per una tipologia del tutto speciale di appalti soprasoglia veniva espressamente consentito il ricorso al metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ovvero esattamente per gli appalti per i quali (per la prevalenza della componente tecnologica o per la particolare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali) doveva ritenersi possibile che la progettazione potesse essere utilmente migliorata con integrazioni tecniche proposte dall'appaltatore.

Nei bandi tipo regionali uniformi approvati con decreto dell'Assessorato per i lavori pubblici del 4 maggio 2006<sup>32</sup>, solo il terzo dei tre modelli predisposti, relativo alle procedure di appalto integrato, prevede appunto che l'aggiudicazione avvenga con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'art. 21, comma

*Equivalenza tra i due metodi di aggiudicazione?*

1 - ter della legge n. 109/1994, testo coordinato.

A seguito dell'entrata in vigore delle nuove Direttive, nonché del Codice dei contratti pubblici, il Legislatore siciliano è nuovamente intervenuto, modificando, con la legge regionale n. 20 del 21 agosto 2007, il primo comma dell'art. 21 della legge 109/1994 (testo coordinato), che così attualmente recita:

*"L'aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto è effettuata di norma con il criterio del prezzo più basso inferiore a quello posto a base di gara o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa [...]"*.

Con tale previsione, isolatamente considerata, sembra quindi essersi recepito il criterio dell'equivalenza fra i due metodi, di ispirazione comunitaria.

Tuttavia l'interprete non può non considerare che accanto a tale disposizione sopravvive quella di cui al comma 1-ter del medesimo art. 21, il quale - come prima la legge 109/1994 nazionale - parrebbe limitare il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ad alcune predeterminate caratteristiche (sopra richiamate) del contratto in affidamento.

Alla luce peraltro della menzionata pronuncia della Corte di Giustizia europea <sup>33</sup>, si ritiene che l'equivalenza fra i due metodi di aggiudicazione consentiti dovrebbe valere come un principio normativo e/o ermeneutico di valenza superiore.

***Nell'appalto  
concorso:***

Deroga inevitabile a tale principio è peraltro costituita dalle operazioni di appalto concorso, per le quali, essendo la rimessione ai concorrenti di una significativa attività progettuale una componente connaturata e necessaria della procedura, la valutazione delle offerte stesse non può evidentemente prescindere da tale elemento, ciò evidentemente comportando l'impiego del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

***Offerta  
economicamente  
più vantaggiosa***

***Lavori pubblici  
ambidue i  
metodi***

Con riferimento ai LL.PP. nella Regione Sicilia, ciò è in via espressa stabilito al comma 2, del cit. art. 21 della legge 109/1994 coordinata.

Relativamente invece al settore dei servizi e quello delle forniture, si applica senz'altro il Codice (artt. 81 e segg.) per quanto attiene agli appalti soprasoglia, mentre gli appalti sottosoglia restano disciplinati secondo quanto indicato nel precedente capitolo VIII.

## **IX.1 In particolare, circa il criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara**

*Metodo del prezzo più basso*

Sempre il Codice dei contratti pubblici peraltro fornisce, alcune specifiche ulteriori circa il metodo del prezzo più basso, distinguendo fra appalti da eseguirsi a corpo, appalti da eseguirsi a misura e appalti da eseguirsi parte a corpo e parte a misura.

*La quantità non incide sul prezzo*

È noto il senso di tale distinzione, della quale si tratta in questa sede in quanto l'elemento discriminante fra le figure dette (a corpo, a misura, o a corpo e misura) è appunto il criterio per la determinazione del corrispettivo dell'appalto.

E difatti:

*La quantità effettiva incide sul prezzo*

■ mentre negli ***appalti a corpo*** il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione ed è quindi frutto di una valutazione complessiva della onerosità dell'insieme delle prestazioni richieste;

■ negli ***appalti a misura*** il prezzo convenuto può invece variare, in aumento o in diminuzione, secondo la quantità effettiva delle prestazioni richieste e conseguentemente fornite in corso di rapporto.

*Appalti misti*

Gli appalti ***a corpo e a misura*** (anche detti appalti *misti*) sono infine quelli al cui interno sono previste una o più linee di prestazione da eseguirsi a corpo accanto ad una o più linee di prestazioni da eseguirsi a misura.

Quelle qui considerate, come è noto, sono categorie elaborate essenzialmente per il settore dei lavori pubblici e chiaramente a quest'ultimo maggiormente confacenti, ma in linea generale, nei limiti in cui risultino concretamente compatibili, possono trovare applicazione anche in altri settori.

*a) "a misura"*

*ribasso sull'elenco dei prezzi o sull'offerta a prezzi unitari*

La disciplina che il Codice dei contratti (art. 82) pone in merito è la seguente:

**a)** per i contratti da eseguirsi a misura, il prezzo più basso (e quindi l'offerta più conveniente) è determinato mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara o *in alternativa* mediante offerta a prezzi unitari;

*b) "a corpo" ribasso sull'importo complessivo o*

**b)** per i contratti da eseguirsi a corpo, il prezzo più basso (e quindi l'offerta più conveniente) è determinato mediante ribasso sull'importo complessivo posto a base di gara o *in alternativa* mediante offerta a prezzi unitari;

*sull'offerta a  
prezzi unitari*

**c)** per i contratti da eseguirsi parte a corpo e parte a misura, il prezzo più basso è determinato mediante offerta a prezzi unitari.

*c)contratti misti  
ribasso  
sull'offerta a  
prezzi unitari*

Potrebbe sembrare qualcosa di intermedio fra un rompicapo e uno scioglilingua, ma il sistema detto risulta meno complicato se lo si considera dalla prospettiva del tipo di offerta che viene richiesta ai concorrenti, che può essere, a' termini del Codice, di tre specie:

- > offerta mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara;
- > offerta mediante ribasso sull'importo complessivo dei lavori o dell'intervento;
- > offerta a prezzi unitari.

*ribasso  
sull'elenco dei  
prezzi*

Nel primo caso (offerta mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara), i concorrenti sono chiamati ad esprimere la loro offerta-prezzo in termini di ribasso percentuale distintamente per ciascuna delle voci contenute in apposito elenco prezzi predisposto dalla stazione appaltante: tutti tali singoli distinti ribassi porteranno poi ad individuare il ribasso complessivo offerto, che anche deve comunque autonomamente essere evidenziato dai concorrenti.

*ribasso  
sull'importo  
complessivo*

Nel secondo caso (offerta mediante ribasso sull'importo complessivo dei lavori o dell'intervento) i concorrenti sono chiamati ad esprimere un unico ribasso percentuale rispetto al prezzo a base d'asta, da valere quale corrispettivo per l'insieme delle prestazioni di cui si compone l'appalto.

*ribasso  
sull'offerta a  
prezzi unitari*

Nel terzo caso (offerta a prezzi unitari), i concorrenti sono chiamati non ad esprimere una serie di ribassi rispetto ad una serie di basi d'asta date (primo caso) e nemmeno ad esprimere un ribasso complessivo rispetto ad una base d'asta unica (secondo caso), bensì semplicemente ad esprimere le loro tariffe unitarie con riferimento ad un elenco di lavorazioni (o comunque di voci prestazionali) preindividuate dalla stazione appaltante. Attraverso la moltiplicazione di tali tariffe per le quantità stimate sempre dalla stazione appaltante si otterrà il corrispettivo totale richiesto, da porre a confronto fra i diversi concorrenti.

*Offerta a prezzi*

In conclusione, il Codice dei contratti, tenuto conto delle tre tipologie di appalto sopraindicate (a corpo; a misura; a corpo e misura) e delle tre tipologie di offerta sopra descritte (ribasso sull'elenco prezzi; ribasso sull'importo complessivo; offerta a prezzi unitari) pone la seguente disciplina:

*unitari ammessa  
in tutte e tre le  
Tipologie*

- ammette per tutte e tre le suindicate tipologie di appalto (a corpo, a misura o a corpo e misura) il ricorso alla cd. offerta a prezzi unitari;
- per gli appalti da eseguirsi a misura, ammette, in via alternativa, anche il sistema del ribasso sull'elenco prezzi;
- per gli appalti da eseguirsi a corpo, ammette in via alternativa, anche il sistema del ribasso unico rispetto alla base d'asta.

Sarà quindi l'estensore degli atti di indizione della procedura ad adottare l'una o l'altra delle vie consentite.

Le modalità applicative del ribasso sull'elenco prezzi e dell'offerta a prezzi unitari sono comunque stabilite nel regolamento generale di cui all'art. 5 del Codice stesso.

*Criteri di  
valutazione  
Il metodo  
dell'offerta  
economicamente  
più vantaggiosa*

## **IX.2 In particolare, circa il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**

L'art. 83 del Codice dei contratti pubblici, applicabile nella Regione Sicilia agli appalti di servizi e di forniture, in virtù del rinvio contenuto nella legge regionale n. 7/2002, dispone che quando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo:

- a) il prezzo;
- b) la qualità;
- c) il pregio tecnico;
- d) le caratteristiche estetiche e funzionali;
- e) le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto;
- f) il costo di utilizzazione e manutenzione;
- g) la redditività;
- h) il servizio successivo alla vendita;

- i) l'assistenza tecnica;
- l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione;
- m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio;
- n) la sicurezza di approvvigionamento;
- o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.

***I criteri di valutazione e il "peso" devono essere inseriti nel bando di gara....***

I criteri di valutazione individuati dalla stazione appaltante devono essere inseriti nel bando di gara, anche con espressione numerica della relativa soglia o incidenza relativa, Nell'ipotesi in cui per ragioni dimostrabili ciò non risulti ragionevolmente possibile, i criteri stessi dovranno almeno essere inseriti con evidenza dell'ordine (decrescente) di importanza.

Qualora risulti necessario in ragione delle caratteristiche dell'operazione avviata, per ciascun criterio di valutazione prescelto il bando deve inoltre indicare i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi relativi.

Alla commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, era poi rimesso il potere-dovere di stabilire in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire, con riferimento a ciascun criterio e subcriterio di valutazione previsto nel bando, il punteggio di effettiva competenza di ciascuna offerta, nell'ambito ovviamente dei valori minimi e massimi stabiliti nel bando di gara.

***...e non prima dell'apertura delle buste contenete le offerte...***

Tale ultima regola - come, per la verità, per molte altre parti del Codice dei contratti pubblici - rappresenta la formulazione alla stregua di diritto positivo di un principio già ampiamente consolidatosi in ambito giurisprudenziale, anche con il contributo della Corte di Giustizia europea. Nondimeno, anche a seguito della citata procedura d'infrazione da parte dell'Unione Europea avverso il sistema italiano degli appalti pubblici (Decisione della Commissione 31.1.2008. Procedura d'infrazione 2007/2309 Incompleta trasposizione "Codice appalti": cfr. capitolo primo), il terzo correttivo al codice degli appalti (D. Lgs. N. 158/2008, art. 1, comma 1, lettera u) elimina la previsione dell'art. 83, comma 4 del codice, nella parte in cui consente la definizione dei criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi tra i minimi e i massimi indicati nel bando da parte della commissione prima dell'apertura delle offerte. Da tale eliminazione, sulla scorta dei principi generali, dovrebbe discendere la conseguenza che tali criteri debbano essere predeterminati a monte, nel bando di gara, come più volte sollecitato dall'Ance e come indicato di recente dalla Commissione europea nel primo atto di apertura di una procedura di

**...Procedura di infrazione 2007/2309**

infrazione. Sarebbe stato opportuno che il decreto specificasse che tali criteri devono essere predeterminati in modo puntuale nel bando di gara.

***I criteri di valutazione delle offerte***  
**chiarimenti**

Stessa considerazione vale per la regola di chiusura del sistema (art. 83, cit., ultimo comma), secondo cui le metodologie utilizzate dalle amministrazioni precedenti utilizzano devono risultare tali da consentire l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa attraverso un unico parametro numerico finale.

Dette metodologie saranno stabilite nel regolamento di attuazione del d.lgs. 163/2006 - di cui all'art. 5 del d.lgs. medesimo - distintamente per lavori, servizi e forniture.

***Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri pubblicata G.U. 15/05/2007***

Ancora circa la scelta di criteri di valutazione da utilizzare per la selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sembra utile ricordare la recente circolare esplicativa della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche europee, recante data 1 marzo 2007 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 111 del 15 maggio successivo), intitolata "*Principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi*".

***Nella formulazione dei bandi devono essere distinte***

Tale Circolare, in sostanza, sulla base di ripetute segnalazioni degli uffici della Commissione europea e soprattutto di consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, richiama le stazioni appaltanti a mantenere rigorosamente distinti, nella formulazione dei bandi, da una parte i requisiti di capacità tecnica o economico-finanziaria del prestatore, costituenti le condizioni minime di partecipazione, e dall'altra i criteri di valutazione delle offerte.

***le condizioni minime di partecipazione (requisiti di capacità tecnica o economico finanziaria) che riguardano la capacità del proponente***

Ciò in quanto sarebbe stato constatato che in un numero considerevole di gare, segnatamente per l'attribuzione di appalti di servizi, gli elementi presi in considerazione come criteri di aggiudicazione si riferiscono piuttosto alla fase di selezione del prestatore.

**dai**

Dette situazioni sono state rilevate in contrasto con la normativa comunitaria, ed in particolare con il sistema delineato dall'art. 44 della direttiva 2004/18/CEE, a' termini del quale gli elementi relativi alla capacità economica e finanziaria e tecnica di cui agli articoli da 47 a 52 della direttiva medesima sono funzionali all'accertamento dell'idoneità degli operatori economici a rendere le prestazioni richieste, mentre i criteri di valutazione di cui agli artt. 53 e 55, senza possibilità di sovrapposizione, sono funzionali alla valutazione delle offerte presentate dai soggetti ammessi alla procedura.

***criteri di valutazione delle offerte che riguardano l'oggetto dell'appalto***

Dunque, quando il metodo di aggiudicazione stabilito è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, possono essere utilizzati diversi criteri variabili, ma in ogni caso deve trattarsi di criteri collegati sempre ed esclusivamente all'oggetto dell'appalto, mentre in nessun caso può assegnarsi una qualche incidenza alla capacità del prestatore.

Ciò equivale a dire che, una volta superata la fase di verifica di idoneità, i concorrenti sono tutti sulla stessa linea, ed il confronto opera esclusivamente con riferimento al contenuto concreto dell'offerta.

Solo quindi nella fase di verifica di idoneità, e non invece nella fase di valutazione delle offerte, potranno quindi essere considerati elementi come l'esperienza, la competenza, le referenze, i lavori già realizzati, le risorse disponibili, etc..

Per quanto concerne il metodo di aggiudicazione dei contratti per la realizzazione di lavori pubblici in Sicilia, trova come si è detto applicazione l'art. 21 della legge n. 109/1994, testo coordinato.

Per il caso in cui la procedura sia da aggiudicarsi all'**offerta economicamente più vantaggiosa**, il comma 2 di tale articolo fornisce una serie di criteri all'interno dei quali deve cadere la scelta dell'amministrazione, non dissimili, nella sostanza, a quelli individuati, esemplificativamente, all'art. 83 del Codice dei contratti pubblici.

Tale elenco, per un più agevole riscontro, di seguito si riporta testualmente:

a) nei casi di appalto-concorso:

- 1) il prezzo;
- 2) il valore tecnico ed estetico delle opere progettate;
- 3) il tempo di esecuzione dei lavori;
- 4) il costo di utilizzazione e di manutenzione;
- 5) ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare;

b) in caso di licitazione privata relativamente alle concessioni:

- 1) il prezzo di cui all'articolo 19, comma 2;
- 2) il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata;

*A titolo  
esemplificativo*

*I criteri di  
valutazione ex  
art. 21 L. 109/94  
e art. 83 Codice  
dei Contratti*



- 3) il tempo di esecuzione dei lavori;
- 4) il rendimento;
- 5) la durata della concessione;
- 6) le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza;
- 7) ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare.

Il criterio di cui ai nn. 5 e 7 rispettivamente del primo e secondo gruppo appaiono di particolare rilievo, in quanto in base ad essi viene sostanzialmente rimesso alle stazioni appaltanti di individuare, anche oltre l'elenco dato, i criteri di valutazione che appaiano maggiormente rispondenti alla caratteristiche dell'operazione.

**Appalti di lavori da aggiudicarsi al prezzo più basso**

**L.R. 20/2007**

Più articolata è la disciplina regionale in materia di appalti di **lavori da aggiudicarsi al prezzo più basso** (inferiore a quello posto a base di gara), peraltro significativamente riformulata con la recente legge regionale n. 20/2007.

**"Sopra soglia"**

Innanzitutto occorre distinguere fra aggiudicazione di appalti di importo stimato superiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria (attualmente, euro 5.150.000) ed appalti invece di importo stimato inferiore alla detta soglia.

Per gli appalti *soprasoglia* da aggiudicarsi con il metodo del prezzo più basso, il primo comma dell'art. 21 della legge 109/94 coordinata stabilisce che il criterio del prezzo più basso inferiore a quello posto a base di gara è determinato, per tutti i contratti - ovvero sia per i contratti *a corpo* come per quelli *a misura*, come ancora per quelli *a corpo e misura* - mediante offerta espressa in cifra percentuale di ribasso, con 4 cifre decimali, sull'importo complessivo a base d'asta, da applicare uniformemente a tutto l'elenco prezzi posto a base di gara.

**"Sotto soglia"**

Sin qui, dunque, nulla di particolarmente complicato.

Di non altrettanto semplice applicazione risulta invece la regola stabilita (art. 1, ultimo periodo, legge cit.) per i caso di appalti *sottosoglia*, relativamente ai quali è stabilito che l'appalto venga aggiudicato all'offerta, espressa in cifre percentuali di ribasso, che risulti pari, o in mancanza, che maggiormente si avvicini, per difetto, alla media aritmetica<sup>34</sup> dei ribassi offerti.

Tale media sarà quindi calcolata con il metodo descritto ai commi 1<sup>-bis</sup>

<sup>1</sup> e <sup>1-bis 2</sup> del cit. art. 21, i quali di seguito, per la loro specificità, si ritiene opportuno riproporre testualmente:

*"1-bis.1. La commissione aggiudicatrice dopo la fase di ammissione delle offerte, in pubblica seduta, ai soli fini della determinazione della media di riferimento, procede ad escludere fittiziamente il 50 per cento delle offerte ammesse. A tal fine sorteggia un numero intero da 11 a 40; il numero sorteggiato costituisce la percentuale relativa al numero delle offerte di minor ribasso; la differenza tra 50 ed il numero sorteggiato costituisce la percentuale relativa al numero delle offerte di maggior ribasso. I numeri delle offerte da eliminare fittiziamente, corrispondenti a tali percentuali, sono determinati senza tenere conto di eventuali cifre decimali. La procedura di cui al presente comma non è esercitabile qualora il numero di offerte valide risulti inferiore a cinque.*

*"1-bis.2. La commissione aggiudicatrice calcola la media aritmetica delle offerte che restano dopo l'operazione di esclusione fittizia di cui al comma 1 bis 1: se il numero sorteggiato è compreso tra 11 e 24, l'aggiudicazione viene fatta all'offerta che risulta pari o che più si avvicina per difetto alla media dei ribassi delle offerte rimaste in gara dopo la procedura di esclusione delle offerte di maggiore e minore ribasso incrementata dello scarto aritmetico di cui al comma 1 bis. Se il numero sorteggiato risulta compreso tra 26 e 40, l'anzidetta media viene decrementata dello scarto medio aritmetico. Se il numero sorteggiato risulta pari a 25 non si procede alla determinazione dello scarto medio aritmetico e la media di aggiudicazione è quella risultante dalla media delle offerte rimaste in gara.*

*"1-bis.3. Ove si sia in presenza di più aggiudicatari con offerte uguali, si procede esclusivamente al sorteggio del primo e del secondo aggiudicatario, escludendo qualsiasi altro sistema di scelta. Il sorteggio deve essere effettuato nella stessa seduta pubblica in cui sono stati individuati più aggiudicatari con offerte uguali.*

*"1-bis.4. Nel caso di presentazione alla gara di più offerte aventi identico ribasso, l'esclusione fittizia delle offerte, ai sensi del comma 1 bis 1, non può essere superiore in termini numerici al 50 per cento delle offerte presentate, non rilevando a tal fine l'ipotesi in cui le offerte presentino un identico ribasso e si collochino a cavallo delle due soglie di esclusione [...]"*

Detto in termini maggiormente pratici, tale sistema disegna due subprocedimenti distinti, ovvero quello di cui al comma 1<sup>-bis 1</sup> e quello di cui al comma 1<sup>-bis 2</sup>.

Il sub-procedimento di cui al comma 1<sup>-bis 1</sup> è finalizzato ad individuare il 50 % delle offerte da escludere fittiziamente dal calcolo della media aritmetica.

A seconda del numero estratto (fra 11 e 40), tale gruppo di offerte, costituenti appunto il 50 % del numero totale delle offerte ammesse, sarà composto in misura maggiore da offerte prossime all'estremo superiore (minimo ribasso) o invece in misura maggiore da offerte prossime all'estremo inferiore (massimo ribasso).

In ogni caso, stante la natura solo fittizia di tale esclusione (vale a dire funzionale esclusivamente all'individuazione della media di riferimento), tutte le offerte ammesse concorreranno evidentemente per l'aggiudicazione della gara.

Il sub-procedimento di cui al comma 1<sup>-bis 2</sup> è invece finalizzato all'individuazione della media aritmetica di riferimento, la quale sarà calcolata sulle offerte non escluse (fittiziamente) a seguito del subprocedimento di cui al comma 1-bis 1.

Il raffronto delle offerte ammesse con tale media (eventualmente decrementata dello scarto aritmetico, secondo quanto nello stesso comma stabilito) determinerà quindi l'individuazione dell'offerta aggiudicataria, vale a dire l'offerta che risulterà maggiormente prossima alla media detta (n.b.: per difetto e non per eccesso).

I commi 1<sup>-bis 3</sup> e 1<sup>-bis 4</sup> regolano poi il caso di più concorrenti con offerte eguali, oppure semplicemente - agli effetti del calcolo della media - di eguali ribassi presentati.

È stato peraltro riscontrato che concorrendo alcune circostanze l'applicazione del decremento della media aritmetica (previsto nel caso il cui il numero estratto sia compreso fra 26 e 40) può portare ad una situazione in cui l'individuazione dell'offerta aggiudicataria risulti matematicamente impossibile

Rispetto a tale ipotesi è intervenuto di recente l'Assessorato regionale dei lavori pubblici con la circolare del 3 ottobre 2007, adottata in funzione espressamente esplicativa della legge regionale n. 20/2007, individuando come soluzione - previa previsione della stessa nei bandi

e disciplinari di gara - l'immediata ripetizione della procedura finalizzata alla determinazione della media di riferimento (a partire dal sorteggio di altro numero intero fra 11 a 40, per proseguire quindi secondo quanto disposto ai citati commi 1 bis 1 e 1 bis 2).

Resta fermo, comunque, che in ipotesi di offerte di pari importo il seggio di gara dovrà semplicemente procedere al sorteggio del primo e del secondo aggiudicatario, escludendo qualsiasi altro sistema di scelta.

\* \* \*

A chiusura del presente capitolo si presentano due quadri sintetici ove sono partitamente riassunte le principali caratteristiche rispettivamente del metodo del prezzo più basso inferiore a quello a base d'asta e del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

<i>metodo del prezzo più basso per l'aggiudicazione di appalti</i>	
<b>ambito di applicazione</b>	- potenzialmente senza limiti, eccettuata la procedura di appalto concorso
<b>caratteristiche principali del procedimento</b>	- automaticità dell'aggiudicazione - perfetta equivalenza di tutte le offerte salvo che per il prezzo
<b>presupposti</b>	- preventiva disponibilità di progettazione di livello esecutivo - oppure, elevata standardizzazione delle prestazioni richieste
<b>potenziali elementi a favore</b>	- insindacabilità della selezione sotto il profilo dei criteri e dei risultati della valutazione, mancando ogni momento discrezionale - concentrazione delle competizioni sul momento economico, con potenziali maggiori risparmi di spesa
<b>potenziale elementi a disfavore</b>	- mancato sfruttamento delle capacità di progettazione degli operatori di mercato

<i>metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'aggiudicazione di appalti</i>	
<b>ambito di applicazione</b>	- potenzialmente senza limiti; non sostituibile nel caso di appalto concorso
<b>caratteristiche principali del procedimento</b>	- non automaticità dell'aggiudicazione: la selezione avviene previo esercizio di discrezionalità tecnica - le offerte vengono comparate anche sotto il profilo del contenuto - necessario intervento di una commissione di valutazione
<b>presupposti</b>	- le prestazioni richieste devono essere di natura tale da ammettere diversità di configurazione (di consistenza più meno ampia) da parte dei concorrenti
	- sfruttamento delle capacità di progettazione degli operatori

<b>potenziali elementi a favore</b>	di mercato
<b>potenziale elementi a disfavore</b>	- fase comparazione delle offerte più complessa, con conseguente maggiore esposizione al sindacato di soggetti esterni

## X - Atti di gara

### X.1 Generalità e contenuti

Atti di gara possono essere considerati tutti gli atti di una procedura di gara, a cominciare da quelli relativi all'indizione della procedura (bando, disciplinare, capitolato, etc.), per proseguire con gli atti predisposti o acquisiti nel corso dell'espletamento della stessa (verbali delle operazioni di gara e relativi allegati, eventuali provvedimenti di esclusione, etc.), per concludersi con gli atti adottati a conclusione del procedimento di gara (essenzialmente, aggiudicazione provvisoria e definitiva).

*Gli atti di gara*

In questa sezione ci si occuperà brevemente degli atti relativi alla fase di indizione della procedura, ovvero degli atti più propriamente conformativi della struttura e delle caratteristiche disciplinari della procedura stessa.

*Gli atti relativi alla fase di indizione della procedura:*

Seppure la terminologia utilizzata nei diversi strumenti normativi di riferimento (direttive, codice dei contratti, normativa regionale) risulta non sempre omogenea in merito, può dirsi che gli atti fondamentali della procedura sono quelli di seguito considerati, ovvero il bando di gara, il disciplinare di gara, la lettera d'invito (ad offrire o a negoziare) e il capitolato d'oneri.

*a) bando*

*b) disciplinare*

*c) lettera d'invito*

*d) capitolato d'oneri*

---

<sup>35</sup> Ovviamente, ci si riferisce prima di tutto alle procedure di affidamento tradizionali, mentre per alcune procedure innovative, come il dialogo competitivo e l'accordo quadro, l'ossatura comune composta dagli atti indicati, pure ricorrente, deve necessariamente venire integrata da atti o provvedimenti specifici, destinati a dare impulso alle distinte ed ulteriori fasi procedurali previste.

<sup>36</sup> Alla quale verrà comunque fatto cenno nel capitolo successivo

<sup>37</sup> Oggetto anche della più recente circolare n. 593 del 2006 dell'Assessorato regionale ai lavori pubblici.

<sup>38</sup> Trattasi di regola in questi termini posta solamente, nel Codice dei contratti pubblici, con riferimento ai requisiti di capacità tecnica, ma, in quanto espressione di più ampio e penetrante canone, pacificamente estensibile anche ai requisiti di capacità economica e finanziaria.

<sup>39</sup> Successivamente adottato con dpr. n. 34 del 25 gennaio 2000.

<sup>40</sup> In ciò parzialmente discostandosi dalle corrispondenti previsioni dell'art. 8 del testo della legge quadro nazionale, le quali semplicemente rinviano alla disciplina da fissarsi nel regolamento attuativo.

<sup>41</sup> Rappresenta peraltro specifica progettuale, e non caratteristica soggettiva di base del proponente, la messa a disposizione di uno specifico gruppo di lavoro costituito o costituendo appositamente per l'intervento in affidamento.

## **a] bando di gara**

*a) bando*

Si tratta dell'atto di indizione propriamente detto, attraverso il quale la stazione appaltante rende noto alla generalità degli operatori l'avvio di procedura intesa all'aggiudicazione di un determinato contratto, fissandone contestualmente le caratteristiche principali, ovvero almeno:

*Avvio della  
procedura*

- tipo di procedura e metodo di aggiudicazione;
- oggetto del contratto in affidamento;
- valore del contratto stesso;
- requisiti e condizioni di partecipazione;
- termini di partecipazione.

*Il contenuto  
minimo*

Per le procedure di gara soggette all'applicazione della Direttiva Unica Appalti, le informazioni minime da inserirsi nei bandi sono quelle individuate all'Allegato IX A della Direttiva stessa.

Come è noto, nelle procedure aperte il bando di gara consiste essenzialmente, sotto il profilo strutturale, in un invito a presentare offerte (solo economiche o anche tecniche) rivolto alla generalità degli operatori in possesso dei requisiti prescritti, mentre nelle procedure ristrette consiste essenzialmente in un invito - sempre rivolto alla generalità degli operatori in possesso dei requisiti prescritti - a presentare domande di partecipazione alla procedura.

In coerenza con la funzione sua propria, per il bando di gara è previsto un regime di diffusione e pubblicità obbligatorio, il cui elemento cardine, per i contratti di valore superiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria, è costituito dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, da avvenire sulla base di predefiniti modelli di formulari (come meglio si vedrà nel capitolo XII.2).

*La  
pubblicazione*

Le fattispecie per le quali può stipularsi un contratto di appalto senza che, in avvio di procedimento, si sia provveduto alla pubblicazione di apposito bando sono da ritenersi assolutamente eccezionali e si risolvono fondamentalmente nelle procedure negoziate, appunto, senza previa pubblicazione di bando e nelle diverse forme di procedure in economia.

*Manca di  
pubblicazione:  
procedure  
negoziato e p.  
in economia*



## **b] Disciplinare di gara**

Nè nella normativa comunitaria nè in quella di attuazione è previsto un atto con questa specifica denominazione e tuttavia il disciplinare di gara rappresenta un momento essenziale del sistema.

Alcune stazioni appaltanti adottano effettivamente atti così denominati, altre preferiscono qualificarli come una versione estesa dello strumento sintetico soggetto a pubblicazione (bando, in senso proprio), altre ancora trattano il disciplinare di gara come una sezione del capitolato d'onori.

Quest'ultima sembra essere l'opzione recepita a livello di normativa positiva, senza però che ciò valga ad escludere soluzioni diverse.

I "modelli di bandi uniformi" adottati per lo svolgimento di gara per l'affidamento di lavori pubblici in Sicilia (v.si appresso) consistono, per ogni tipologia o fascia di procedura, appunto di un bando e di un disciplinare di gara.

Quale che sia l'opzione terminologica seguita, con il disciplinare di gara l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore detta essenzialmente la regolamentazione specifica della procedura indetta, ad integrazione quindi delle prescrizioni contenute nel bando sintetico pubblicato.

In pratica, il disciplinare di gara (sia esso costituito in atto autonomo, comunque denominato, oppure rappresenti solamente una sezione del capitolato d'onori) è lo strumento a mezzo del quale deve potersi risolvere ogni questione inerente la conduzione e lo svolgimento della procedura indetta.

Innanzitutto, quindi, detto strumento disciplinerà nel dettaglio, nel caso di procedure aperte:

- i requisiti e le condizioni di partecipazione, nonché le modalità stabilite per la dimostrazione degli uni e delle altre;
- le modalità di presentazione delle offerte;
- il contenuti e le caratteristiche minime delle offerte;
- il metodo ed i criteri di valutazione, se non figurano nel bando di gara, nonché la loro ponderazione;
- le modalità di svolgimento delle operazioni di gara, compresi i vari momenti di controllo previsti dall'ordinamento;
- per quanto non già stabilito a livello di diritto positivo, le modalità di verifica dell'anomalia delle offerte e le modalità di aggiudicazione della gara.

Nel caso di procedure ristrette, di procedure negoziate oppure di dialogo competitivo, invece, tutto quanto concerne la conformazione,

*b) disciplinare*

*terminologia  
non codificata*

*può essere  
- un atto  
autonomo  
- contenuto nel  
bando o nel  
capitolato*

*Cos'è :  
un atto che  
regolamenta la  
procedura  
indetta*

*Il contenuto  
nel caso di  
procedure  
aperte:*

*Il contenuto  
nel caso di  
procedure*

la presentazione e la valutazione delle offerte troverà spazio e disciplina nella lettera di invito (v.si appresso), mentre il disciplinare di gara è di norma destinato a regolamentare solo le fase di acquisizione delle domande di partecipazione e la conseguente fase di selezione. *ristrette, negoziate, dialogo competitivo:*

In tale ipotesi, dunque, il disciplinare di gara regolerà, essenzialmente:

- le modalità di presentazione delle domande di partecipazione ed il contenuto minimo delle stesse;
- i requisiti e le condizioni di partecipazione, nonché le modalità stabilite per la dimostrazione degli uni e delle altre;
- le modalità di svolgimento delle operazioni di selezione dei soggetti a cui effettivamente la stazione appaltante rivolgerà l'invito a presentare offerta.

**c] Lettera di invito ad offrire (o a negoziare o a partecipare al dialogo competitivo)** *c) lettera di invito*

Così come il bando assolve alla duplice funzione di invito ad offrire e di strumento regolatore (insieme al disciplinare di gara) della procedura, con la lettera di invito la stazione appaltante invita i soggetti previamente selezionati a presentare offerta nella procedura indetta e contestualmente pone il quadro regolamentare di specifico riferimento della porzione di procedura ancora da espletarsi (ovvero l'intera procedura ad eccezione della fase di selezione dei soggetti da invitare ad offrire, in quanto fase già precedentemente pervenuta a compimento).

Il contenuto minimo di tale atto (tralasciando aspetti essenzialmente formali) è quindi, di regola, il seguente:

*Contenuto minimo*

- modalità di presentazione delle offerte;
- contenuti e le caratteristiche minime delle offerte;
- metodo e criteri di valutazione (se non figurano già nel bando di gara), nonché la loro ponderazione;
- modalità di svolgimento delle operazioni di gara, compresi i vari momenti di controllo previsti dall'ordinamento;
- per quanto non già stabilito a livello di diritto positivo, le modalità di verifica dell'anomalia delle offerte e le modalità di aggiudicazione della gara.

Di norma alla lettera di invito - la quale, per ovvie ragioni di *par condicio*, dovrà essere inviata simultaneamente a tutti i soggetti selezionati - sono inoltre allegati gli ulteriori documenti ed atti la cui conoscenza è necessaria per la formulazione della offerte (capitolato

d'oneri in senso stretto o altro documento descrittivo delle prestazioni richieste, schema di contratto, eventuali elaborati tecnici, etc.).

In quanto la lettera di invito, alla pari del disciplinare di gara e del capitolato, concorre ad integrare il complessivo quadro della *lex specialis* di gara e fermo rimanendo il contenuto minimo prescritto per ciascuno di tali atti, alcune sezioni di quest'ultima (come ad esempio i criteri di valutazione delle offerte) troveranno di regola posto nella lettera di invito o nel disciplinare o nel capitolato solamente nella misura in cui non siano stati già compiutamente definiti nello stesso bando di gara, in una logica, cioè, di sostanziale complementarietà.

#### **d] Capitolato d'oneri**

#### ***d] Capitolato d'oneri***

Il capitolato d'oneri in senso stretto (alle volte definito *capitolato tecnico* o anche solo *capitolato di gara*) è l'atto nel quale l'amministrazione o l'ente procedente fissa il contenuto delle prestazioni richieste al fornitore, nonché le modalità di erogazione delle stesse.

Si tratta dunque di un documento tecnico, di tipo descrittivo, il quale costituirà il principale riferimento dei concorrenti per la formulazione delle offerte di gara.

#### ***Documento tecnico***

Negli appalti maggiormente complessi - ed in ogni caso laddove si verta nel settore dei lavori pubblici - il capitolato d'oneri è integrato da ulteriori documenti, sempre di ordine tecnico, quali ad esempio piani di progettazione, computi metrici estimativi, specifiche tecniche, etc..

#### ***Il contenuto***

Quando si tratti di aggiudicare la procedura con il criterio del prezzo più basso, il capitolato e gli eventuali documenti allo stesso allegati devono comporre un quadro progettuale di livello esecutivo, suscettibile cioè di immediata attuazione senza alcun intervento di specificazione ulteriore da parte del fornitore o della stazione appaltante.

Quando invece si tratti di aggiudicare la procedura con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il capitolato e gli eventuali documenti allo stesso allegati devono comporre un quadro progettuale abbastanza definito da consentire una adeguata confrontabilità e comparabilità delle offerte acquisende, mantenendo tuttavia spazi sufficienti per il livello di progettazione integrativa richiesto ai concorrenti.

Solitamente - come dianzi già accennato - il capitolato d'oneri viene dalle stazioni appaltanti costruito come uno strumento multifunzione,

ovvero comprendente al suo interno oltre alla componente descrittiva del contenuto delle prestazioni attese, anche una componente di tipo più spiccatamente regolamentare, intesa a disciplinare lo svolgimento della procedura di gara (termini e modalità di presentazione delle offerte, condizioni di partecipazione, criteri di valutazione, etc.) prima ancora del rapporto negoziale instaurando.

Sempre nel capitolato d'oneri si rinviene talvolta (anche eventualmente sotto forma di un articolato vero e proprio, più o meno puntuale) una sezione nella quale sono fissati in via generale i diritti e gli obblighi delle parti del costituendo rapporto contrattuale, assorbendosi in questo modo anche la funzione in genere assolta dallo schema di contratto.

*Se l'amm.ne è tenuta il capitolato d'oneri deve essere compatibile con quello generale*

Naturalmente, nel caso in cui l'amministrazione procedente sia tenuta all'applicazione di capitolato generale, valevole cioè per una serie indeterminata di operazioni rientranti in categorie determinate, il capitolato speciale di gara (o capitolato tecnico o capitolato d'oneri) dovrà risultare compatibile con i vincoli discendenti dallo strumento più generale.

*Il capitolato generale è uno strumento regolamentare*

Va ricordato infine che mentre il capitolato generale è in genere uno strumento di natura regolamentare (per le opere pubbliche, così è quello approvato con il dm. 145/2000), il capitolato speciale è un atto propriamente amministrativo, e come tale può essere autonomamente impugnato quando risulti possibile lamentare una immediata lesività dell'atto stesso.

*Il capitolato d'oneri o speciale di gara o tecnico è un atto amm.vo*

## **e] Schema di contratto**

Lo schema di contratto è il documento nel quale sono in via generale fissate le condizioni negoziali generali e speciali del rapporto costituendo (esempio: termini e modalità di consegna, modalità di collaudo e/o di accertamento della accettabilità delle prestazioni rese, modalità e termini di pagamento, strumenti di pianificazione e consuntivazione delle attività o dei lavori, disciplina del subappalto, clausole penali, diritto di recesso, cause di risoluzione, responsabilità per danni, obblighi dell'impresa verso la forza lavoro, misure per la sicurezza dei lavoratori, disciplina del deposito cauzionale, clausole di revisione periodica dei prezzi, etc.).

Può essere, come sopra accennato, costituito in documento autonomo o più semplicemente consistere in una sezione del capitolato speciale

*e)Schema di contratto*

di gara.

In ogni caso è necessario che nel quadro complessivo degli atti resi disponibili ai concorrenti tali condizioni siano sufficientemente determinate da non ammettere in sede di contrattualizzazione variazioni tali da alterare gli equilibri sostanziali della procedura (come potrebbe accadere, ad esempio, nel caso in cui non fosse adeguatamente predeterminato il sistema di pagamento dei corrispettivi: a stato avanzamento lavori, a ratei fissi, ad avvenuta consegna, etc.).

Peraltro, come meglio si vedrà nei capitoli a venire, l'intervenuta definitiva positivizzazione nel Codice dei contratti pubblici della distinzione fra la fase di aggiudicazione e quella di stipula del contratto, ha reso sicuramente meno stringente che in passato (v.si, in merito, il disposto dell'art. 89, comma 1, del Regolamento di contabilità di Stato, di cui al R.D. n. 827/1924, mai comunque espressamente abrogato) l'impiego di uno specifico ed autonomo documento siffatto, posto che in ogni caso alla procedura di gara in senso stretto dovrà far seguito una serie indipendente di adempimenti finalizzata a pervenire alla definitiva contrattualizzazione dell'incarico in affidamento.

\* \* \*

Atti ulteriori di derivazione prettamente comunitaria sono infine **Adempimenti procedurali** l'**avviso annuale indicativo** (o avviso di *pre*informazione e l'**avviso di aggiudicazione** (o avviso di *post*informazione).

Tali atti non vengono tuttavia considerati in questo capitolo in quanto in effetti non concorrono alla definizione della cd. *lex specialis* del procedimento, nè a definire il contenuto del rapporto instaurando, ma rappresentano semplici adempimenti procedurali aventi una funzione di genere essenzialmente informativo.

Una funzione evidentemente ben diversa riveste invece la **determina** o **delibera a contrarre**, ovvero l'atto con il quale l'ufficio o l'organo di più elevato riferimento per la procedura provvede a fissare gli elementi essenziali della stessa, disponendone contestualmente lo svolgimento.

Anche di tale provvedimento, in quanto sostanzialmente esterno alla procedura di gara vera e propria, si tratterà nella sezione destinata alla descrizione delle diverse fasi procedimento (capitolo XII).

## **X.2 Atti di gara nel caso di contratti per l'affidamento di lavori pubblici**

Gli atti sopra per brevi cenni considerati rappresentano, per così dire, l'ossatura di qualsiasi procedura di gara, a prescindere quindi dal settore di riferimento.

*Atti di gara nel settore dei lavori pubblici*

Quando si tratti di affidare contratti per forniture e servizi, in genere tali atti esauriscono il novero degli atti da adottare o approntare agli effetti dell'indizione della procedura, salva sempre la possibilità che gli atti medesimi (ed in particolare il capitolato di gara) siano integrati da documenti complementari, tipici ed atipici, di vario genere e contenuto

<sup>35</sup>.

Quando si tratti invece di aggiudicare contratti per la realizzazione di lavori pubblici, sussistono, per la Regione Sicilia, almeno due profili di specificità:

*In Sicilia si utilizzano i Bandi Uniformi*

*(ad eccezione che per le procedure negoziate e il cottimo appalto)*

**a]** fatta eccezione per le procedure negoziate e per quelle di cottimo appalto, le stazioni appaltanti sono tenute ad utilizzare bandi tipo uniformi, approvati con decreto assessoriale;

**b]** il capitolato di gara è necessariamente integrato da alcuni atti tipici, quali in particolare i documenti di progettazione.

Riguardo tali profili dunque di seguito si forniscono breve cenni.

### **a) Bandi tipo uniformi**

*Le fonti normative*

L'art. 20, comma 5, del testo coordinato per la Regione Sicilia della legge n. 109/1994 stabilisce che le stazioni appalti applichino per tutte le gare previste nell'articolo medesimo (e quindi con esclusione delle procedure a trattativa privata e delle procedure di cottimo appalto) dei bandi tipo uniformi da approvarsi con decreto dell'Assessorato per i lavori pubblici.

Con decreto del 2 dicembre 2004 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Regione siciliana n. 4 del 28 gennaio 2005), sono stati in effetti approvati alcuni "Schemi dei bandi tipo uniformi per l'espletamento delle gare di pubblico incanto".

In considerazione delle modifiche normative *medio tempore*

intervenute, nonchè del cd. protocollo di legalità "*Accordo quadro Carlo Alberto Dalla Chiesa*", stipulato il 12 luglio 2005 fra la Regione Sicilia, il Ministero dell'Interno, le Prefetture dell'Isola, l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, l'INPS e l'INAIL, volto a rafforzare le condizioni di legalità e sicurezza nella gestione degli appalti, con decreto assessoriale del 4 maggio 2006, (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Regione siciliana n. 25 del 19 maggio 2006), sono stati quindi approvati "*Nuovi schemi di bando tipo uniformi*".

***Gli schemi di  
bando uniformi***

Trattasi più esattamente di n. 3 serie di atti distinte, ciascuna afferente una specifica tipologia di contratto, vale a dire:

- (1) "bozza di bando di gara per pubblico incanto", e relativa "bozza di disciplinare di gara" per contratti di importo pari o inferiore a € 150.000;
- (2) "bozza di bando di gara per pubblico incanto", e relativa "bozza di disciplinare di gara" per contratti di importo superiore a € 150.000;
- (3) "bozza di bando di gara per pubblico incanto", e relativa "bozza di disciplinare di gara" per contratti di appalto integrato.

Si tratta di documenti piuttosto articolati e complessi, che in sostanza coprono pressochè l'intera area della procedura destinata ad essere regolamentata dalla disciplina speciale del procedimento.

Per ogni aspetto invece tecnico o contenutistico negli stessi schemi viene fatto riferimento al capitolato speciale da predisporre per la singola procedura.

All'interno di ciascuna delle tre suddette serie di schemi o bozze trovano una regolamentazione parzialmente distinta anche le tre figure base di appalto individuate in ragione del sistema di determinazione dei corrispettivi (sopra richiamate al paragrafo IX.2), ovvero gli appalti *a misura*, gli appalti *a corpo* e gli appalti *parte a corpo e parte a misura*.

Integrati tali schemi con i dati specifici dell'appalto in affidamento (importi, oggetto, categoria e classifica delle lavorazioni, termini di partecipazione, dati dell'amministrazione procedente, etc.) e con la definizione di alcune altre variabili, gli atti relativi sono pronti per il loro previsto impiego.

Quale ultimo allegato al medesimo decreto assessoriale suindiviuato figura il modello di dichiarazione da rendersi da parte dei partecipanti

alla procedura in applicazione ed agli effetti del protocollo di legalità sopra menzionato.

## **b) Documenti di progettazione**

Lasciando per il momento in disparte la fase propriamente programmatica<sup>36</sup>, in quanto non destinata a generare atti di gara in senso proprio, le procedure intese all'affidamento di incarichi per la realizzazione di lavori pubblici in Sicilia si originano e sviluppano in coerenza con il percorso di progettazione dell'intervento previsto all'art. 16 del Testo Unico (legge 109/1994 coordinata).

Tale percorso si snoda peraltro attraverso la scansione tradizionale, ovvero in ragione di tre livelli successivi di approfondimento e dettaglio tecnico, a ciascuno dei quali corrisponde uno specifico e tipico piano di progettazione ed esattamente:

- progetto preliminare;
- progetto definitivo;
- progetto esecutivo.

Con il **progetto preliminare** vengono fissate le caratteristiche essenziali dell'intervento, sotto il profilo sia funzionale che qualitativo. Muovendo quindi dal quadro delle esigenze da soddisfare (ed eventualmente anche da preventivi studi di fattibilità), nel progetto preliminare sono individuate, ad un primo livello di approssimazione, le specifiche prestazioni da fornire da parte dell'operatore selezionando.

***Il progetto preliminare***

***Artt. 18-24  
dpr. 554/1999,  
all'art. 1,  
comma 2, della  
legge regionale  
n. 7/200.***

In concreto, il progetto preliminare si compone almeno di due parti fondamentali, ovvero:

1] una relazione, illustrativa:

- delle ragioni della scelta della soluzione prospettata in base alla valutazione delle eventuali soluzioni possibili, anche con riferimento ai profili ambientali e all'utilizzo dei materiali provenienti dalle attività di riuso e riciclaggio;
- della sua fattibilità amministrativa e tecnica, accertata attraverso le indispensabili indagini di prima approssimazione;
- dei costi, da determinare in relazione ai benefici previsti;

***la struttura:***

2] schemi grafici, per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da



realizzare.

Il progetto preliminare rappresenta, infine, la base per l'avvio delle eventuali procedure espropriative necessarie per la realizzazione dell'intervento.

Nel **progetto definitivo** i lavori da realizzare vengono quindi compiutamente individuati, in coerenza ovviamente con i vincoli e le indicazioni discendenti dal progetto preliminare.

*Il progetto  
definitivo*

*Artt.25-34  
dpr. 554/1999,  
all'art. 1,  
comma 2, della  
legge regionale  
n. 7/200.*

In concreto il progetto definitivo si compone almeno delle seguenti parti essenziali:

1] una relazione, descrittiva:

- dei criteri utilizzati per le scelte progettuali;
- delle caratteristiche dei materiali prescelti;
- dell'inserimento delle opere sul territorio;

*la struttura:*

2] disegni generali descrittivi delle principali caratteristiche delle opere, delle superfici e dei volumi da realizzare, compresi quelli per l'individuazione del tipo di fondazione;

3] studi ed indagini preliminari occorrenti con riguardo alla natura ed alle caratteristiche dell'opera;

4] calcoli preliminari delle strutture e degli impianti;

5] un disciplinare descrittivo degli elementi prestazionali, tecnici ed economici previsti in progetto;

6] un computo metrico estimativo;

7] uno studio di impatto ambientale (laddove previsto, ovvero per le opere di maggiore rilevanza).

Tutti gli studi e le indagini occorrenti - quali quelli di tipo geognostico, idrologico, sismico, agronomico, biologico, chimico, i rilievi e i sondaggi - sono condotti fino ad un livello di approfondimento e dettaglio tale da consentire i calcoli preliminari delle strutture e degli impianti e lo sviluppo del computo metrico estimativo.

Se il progetto preliminare rappresenta, come visto, il presupposto per

l'avvio di eventuali procedure espropriative, il progetto definitivo contiene tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle autorizzazioni ed approvazioni richieste per l'esecuzione dell'intervento.

***Il progetto  
esecutivo***

Il **progetto esecutivo** rappresenta il terzo ed ultimo stadio del percorso di progettazione dell'intervento e dovrà quindi essere redatto in conformità alle previsioni del progetto preliminare e soprattutto del progetto definitivo.

***Artt.35-45  
dpr. 554/1999,  
all'art. 1,  
comma 2, della  
legge regionale  
n. 7/200.***

Con tale strumento i lavori da realizzare ed i costi relativi vengono individuati ad un livello di approfondimento e dettaglio tale da non richiedere, ai fini dell'esecuzione, ulteriori specificazioni progettuali di sorta.

Nella terminologia della legge n. 109/1994, testo coordinato, trattasi di un livello di definizione "*tale da consentire che ogni elemento sia identificabile in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo.*"

In concreto il progetto esecutivo sarà costituito dall'insieme delle relazioni, dei calcoli esecutivi delle strutture e degli impianti e degli elaborati grafici nelle scale adeguate, compresi gli eventuali particolari costruttivi, dal capitolato speciale di appalto, prestazionale o descrittivo, dal computo metrico estimativo e dall'elenco dei prezzi unitari, nonché dallo schema di contratto.

***la struttura:***

Detto progetto sarà redatto sulla base, oltrechè base degli studi e delle indagini compiuti nelle fasi precedenti, anche:

- degli eventuali ulteriori studi ed indagini, di dettaglio o di verifica delle ipotesi progettuali, che siano risultati ancora necessari;
- di opportuni rilievi planoaltimetrici, di misurazioni e picchettazioni, di rilievi della rete dei servizi del sottosuolo.

Il progetto esecutivo dovrà infine essere corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti, in conformità alla prescrizioni di riferimento.

Ulteriori indicazioni circa il contenuto del progetto preliminare, del progetto definitivo e del progetto esecutivo si rinvergono nel dpr. 554/1999, applicabile nella Regione Sicilia nei limiti di quanto così stabilito all'art. 1, comma 2, della legge regionale n. 7/200.

***I riferimenti  
normativi***

Più esattamente:

- > gli artt. da 18 a 24 pongono la disciplina del progetto

- preliminare;
- > gli artt. da 25 a 34 pongono la disciplina del progetto definitivo;
  - > gli artt. da 35 a 45 pongono la disciplina del progetto esecutivo.

Come già precedentemente ricordato, di norma, vale a dire nell'appalto di lavori ordinario (di cui all'art. 19, comma 2, lett. a, della legge 109/94, testo coordinato), la procedura di selezione del contraente viene avviata ad avvenuto compimento dell'intero percorso di progettazione sopra tratteggiato, ovvero sulla base di progetto esecutivo, rimanendo all'operatore selezionato di provvedere solamente all'esecuzione di tale progetto.

*I casi in cui non occorre un progetto esecutivo per indire la procedura di gara*

Sussistono tuttavia almeno tre eccezioni a tale regola:

- ◆ l'ipotesi dell'appalto integrato (di cui all'art. 19, comma 2, lett. b, della legge 109/94, testo coordinato), nella quale a base di gara è posto il progetto definitivo, rimanendo quindi all'appaltatore di provvedere all'approntamento della progettazione esecutiva dell'intervento;
- ◆ l'ipotesi dell'appalto concorso (di cui all'art. 20, comma 4, della legge 109/94, testo coordinato), nella quale il progetto esecutivo, insieme al prezzo, costituisce oggetto di offerta e quindi viene individuato in sede di gara, la quale si svolge di regola sulla base di semplice progetto preliminare;
- ◆ la soluzione alternativa della concessione di lavori (di cui, prima di tutto, all'art. 19, comma 6, della legge 109/94, testo coordinato), nella quale la procedura di selezione avviene sulla base *almeno* di progetto preliminare (anche comprensivo di un piano economico e finanziario di massima), spettando invece al concessionario l'approntamento *almeno* del progetto esecutivo.

### X.3 Soggetti ammessi a partecipare

A livello di **direttive comunitarie**, la figura del soggetto giuridico a cui è consentito di concorrere per l'affidamento di contratti pubblici va sotto il nome generico di **operatore economico**, il quale comprende ed assorbe espressamente al suo interno i concetti più specifici e maggiormente tradizionali di *imprenditore, fornitore o prestatore di servizi*.

*Chi è l'operatore economico*

La nozione di operatore economico che le direttive ci forniscono è peraltro estremamente ampia e fluida.

In particolare, ai sensi dell'art. 1, paragrafo 4 della Direttiva 2004/18/CE, *"i termini "imprenditore", "fornitore" e "prestatore di servizi" designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi."*

***Definizione***

Da una parte l'estensione di tale nozione sembra lasciare ai legislatori nazionali ampia facoltà di individuare, in coerenza con il proprio ordinamento, le caratteristiche distintive delle figure richiamate.

In effetti, tuttavia, l'esercizio di tale facoltà incontra un limite sostanziale nei principi posti all'art. 4 della stessa Direttiva, secondo i quali:

- ◆ gli operatori economici che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione in affidamento non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche;
- ◆ le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica.

***Principio di libertà della forma giuridica dei partecipanti alle gare***

La considerazione congiunta di tali regole permette di enucleare quello che è probabilmente il canone fondamentale del diritto comunitario degli appalti in merito, vale a dire il *principio di libertà di forma giuridica* dei partecipanti alle procedure di selezione.

Trattasi in sostanza, di una manifestazione specifica del generale principio di non discriminazione che ispira, come noto, l'intero sistema di riferimento.

Meritevole di sottolineatura, a questo riguardo, è proprio il passo d'anziché richiamato dell'art. 4 della Direttiva Unica, che individua nella capacità giuridica o "autorizzazione" di un operatore a svolgere la prestazione richiesta all'interno del territorio nazionale di appartenenza la condizione legittimante affinché a quello stesso operatore sia consentito di concorrere per l'affidamento di prestazioni analoghe all'interno del territorio di altri Stati membri.

Nel Codice dei contratti pubblici, il novero delle tipologie di soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento è definito all'art.

***Art.34 Codice dei Contratti Specifica e***

34.

Trattasi peraltro di norma - o meglio di sistema di norme - che non trova un diretto corrispondente nella Direttiva Unica, la quale fornisce in merito solo principi e non elencazioni di genere tipologico più specifico.

In ogni caso l'art. 34 cit. è solo relativamente innovativo rispetto al passato, in quanto sostanzialmente riproduce il sistema già delineato all'art. 10, comma 1, della legge quadro n. 109/1994.

Tale sistema, rivolto evidentemente in via diretta al settore dei lavori pubblici, è stato peraltro ritenuto, secondo giurisprudenza consolidata, avere valore sotto più profili paradigmatico rispetto all'intero campo degli appalti pubblici e quindi tendenzialmente idoneo a rappresentare il quadro di riferimento anche per i diversi settori delle forniture e dei servizi.

*fornisce  
elencazione di  
tipologie*

*Così come  
l'art. 10 della  
L. 109/94*

In ogni caso, tenuto conto del rinvio dinamico operato dalla legge regionale n. 7/2002 alle disposizioni nazionali di settore, il sistema attualmente disegnato all'art. 34 del Codice dei contratti pubblici si applica espressamente alla Regione Sicilia nei settori delle forniture e dei servizi, oltrechè anche agli appalti nei cd. settori speciali.

*Soggetti  
ammessi a  
partecipare:*

Il primo comma di tale articolo individua quindi, quali soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento di contratti pubblici:

- a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative;
- b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577 e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;
- c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro;
- d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere precedenti;
- e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle precedenti lettere a), b) e c), anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-

ter del codice civile;

- f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE in forma abbreviata) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240.

A tali ipotesi, il terzo correttivo (D. Lgs. n. 158/2008), ancora una volta in aderenza ai rilievi di cui alla procedura d'infrazione da parte dell'Unione Europea avverso il sistema italiano degli appalti pubblici (Decisione della Commissione 31.1.2008. Procedura d'infrazione 2007/2309 Incompleta trasposizione "Codice appalti", ha aggiunto un'ulteriore fattispecie così definita:

f-bis) operatori economici, ai sensi dell'art. 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi.

Alcune non secondarie questioni interpretative sono sorte con riferimento alla latitudine della elencazione di cui alla lettera a) ed in particolare sulla nozione di imprenditore. A questo effetto deve essere ricordato che il comma 19 dell'art. 1 del Codice, riprendendo ed integrando la definizione assunta a livello comunitario, definisce "*imprenditore*" (unitamente a "*fornitore*" e "*prestatore di servizi*") "*una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica [...] che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi.*"

***Nozione di  
imprenditore***

Sembra quindi doversi propendere per una ricostruzione della nozione di imprenditore più ampia di quella fornita dal nostro codice civile all'art. 2082 ("*È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*") ed in linea invece con la nozione di derivazione comunitaria, sostanzialmente coincidente con quella di operatore economico, sotto qualsiasi forma costituito, autorizzato a svolgere le prestazioni in affidamento.

***Nodi critici***

Uno dei nodi maggiormente critici sul punto è peraltro rappresentato dalla possibilità di partecipare alle procedure di selezione da parte di enti pubblici non economici, come ad esempio (ma non solo) le Università.

***Le Università e  
Gli enti pubblici  
non economici***

La linea di *discrimen* sembra in merito correre sul concetto di *attività*

*economica*, il cui *esercizio professionale* caratterizzerebbe la figura dell'imprenditore / operatore economico:

- I. se per attività economica deve intendersi un'attività specificamente finalizzata alla produzione di ricchezza, allora gli enti pubblici appunto *non economici*, evidentemente istituiti per scopi diversi, restano fuori da tale sistema e non possono quindi concorrere per l'affidamento di contratti pubblici;
- II. se invece per attività economica può intendersi qualsiasi attività suscettibile di valutazione economica, a prescindere dal contesto finalistico, commerciale o non commerciale, nel quale tale attività viene resa, allora anche gli enti pubblici economici - compatibilmente, ovviamente, con i vincoli ordinamentali e di statuto - possono rientrare nel novero dei soggetti astrattamente ammissibili a partecipare alle procedure di affidamento.

Nel solco della prima ipotesi risulta essere una recente deliberazione (n. 119 del 18 aprile 2007) dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (ex Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici), con riferimento specifico alle Università pubbliche, deliberazione che peraltro non sembra aver sopito il dibattito, anche giurisprudenziale, sul punto.

***Deliberazione  
n. 119/2007  
Non sono  
operatori  
economici e non  
possono  
partecipare  
.....  
ma il dibattito  
giurispruden-  
ziale  
è ancora aperto***

Probabilmente maggiormente innovative sono le previsioni di cui al secondo comma dell'art. 34 cit. (Codice dei contratti), secondo cui: "*Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile. Le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi.*"

Il primo periodo, ovvero quello relativo alle situazioni di controllo, si limita, a dire il vero, a riprodurre disposizione già prima contenuta all'art. 10, comma 1-bis, della legge quadro n. 109/1994.

Viene peraltro in questo modo positivizzata l'applicazione di tale regola a tutti i settori di appalto, compresi quelli delle forniture e dei servizi.

Va detto che la giurisprudenza già da tempo era pervenuta a conclusione corrispondente, sulla base della ricordata natura paradigmatica dell'intero sistema degli appalti pubblici rivestita dalla cit. disposizione di cui all'art. 10, comma 1-bis, della legge Merloni (ancorchè rivolta, in via diretta, al solo settore dei lavori pubblici).

***Non possono  
partecipare alla  
medesima gara  
concorrenti che  
si trovino in una  
situazione di  
controllo di cui  
al 2359 cc***

Specialmente significativo appare comunque il secondo periodo del comma 2 del cit. art. 34 del Codice, in quanto eleva a parametro normativo espresso le situazioni cd. di *collegamento sostanziale*, ovvero quelle in cui, pur non ricorrendo alcuna delle fattispecie di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile, siano comunque rinvenibili elementi obiettivi tali da dover ritenere due distinte offerte di gara come provenienti da un centro di interessi comune.

*Né in situazioni  
di  
collegamento  
sostanziale*

Sotto il profilo delle conseguenze nell'ambito della procedura, tanto per le situazioni di controllo come per quelle di collegamento sostanziale è, come visto, stabilito il medesimo trattamento, vale a dire l'esclusione dalla gara di tali offerte.

*Esclusione dalla  
gara*

Peraltro va detto che anche in questo caso - pur fra alcune esitazioni, molti distinguo e qualche momentaneo ripensamento - il principio del collegamento sostanziale quale causa di esclusione dalla procedura già da diversi anni risulta essersi affermato in sede giurisprudenziale, quale corollario dei principi più generali di segretezza e di unicità delle offerte di gara.

**L'art. 10 della legge quadro sugli appalti di lavori pubblici in Sicilia** (n. 109/1994, testo coordinato) individua quali soggetti ammessi alle gare per l'affidamento di contratti pubblici in materia di lavori, al di là di alcune differenze terminologiche, i medesimi soggetti, singoli (le imprese individuali, anche artigiane; le società commerciali; le società cooperative; i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 422/1909; i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 443/1985) e plurimi (consorzi diversi dai precedenti e raggruppamenti temporanei), ora menzionati al cit. art. 34 del Codice.

*I soggetti  
ammessi alle  
gare nel caso di  
lavori pubblici*

Con riferimento ai lavori pubblici va comunque sottolineato come la questione della natura dei soggetti da ammettersi alle procedure risulti probabilmente in concreto meno critica rispetto al settore dei servizi e delle forniture, in quanto il previsto sistema di qualificazione delle imprese e la stessa natura delle prestazioni in affidamento (i cui oneri realizzativi, ad esempio, certamente non potrebbero essere assunti da università pubblica o da altri consimili enti pubblici) circoscrivono già preventivamente il novero dei soggetti virtualmente assuntori delle commesse relative.



Infine, sempre con riferimento alla Regione Sicilia, è da notare come l'adozione del cd. protocollo di legalità ("*Accordo quadro Carlo Alberto Dalla Chiesa*", stipulato il 12 luglio 2005 fra la Regione Sicilia, il Ministero dell'Interno, le Prefetture dell'Isola, l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, l'INPS e l'INAIL, volto a rafforzare le condizioni di legalità e sicurezza nella gestione degli appalti <sup>37</sup>) preveda comunque l'inserimento nella lex specialis di gara delle cd. ***clausole di autotutela***, finalizzate ad evitare fenomeni di turbativa derivanti da indebite intese fra operatori formalmente concorrenti, tali da realizzare situazioni assimilabili a quelle di collegamento sostanziale ora espressamente sanzionate all'art. 34 del Codice dei contratti.

#### **X.4 Requisiti di partecipazione**

Individuate le tipologie di soggetti in via generale ammessi a partecipare alle procedure di gara, il passo in via logica successivo consiste nella considerazione dei requisiti stabiliti, o da stabilirsi negli atti di gara, per la partecipazione alle singole procedure.

*I requisiti di partecipazione nel settore servizi e forniture*

Per quanto concerne i settori dei servizi e delle forniture, la materia è regolata in via pressochè uniforme fra Direttiva Unica e Codice dei contratti pubblici.

Sussistono quattro fondamentali categorie di requisiti:

- ◆ i requisiti di ordine generale, di cui all'art. 38 del Codice ed all'art. 45 della Direttiva Unica ("*Situazione personale del candidato o dell'offerente*");
- ◆ i requisiti di idoneità professionale, di cui all'art. 39 del Codice ed all'art. 46 della Direttiva Unica ("*Abilitazione all'esercizio dell'attività professionale*");
- ◆ i requisiti di capacità economica e finanziaria, di cui all'art. 41 del Codice ed all'art. 47 della Direttiva Unica;
- ◆ i requisiti di capacità tecnica e professionale, di cui all'art. 32 del Codice ed all'art. 48 della Direttiva Unica.

***Requisiti generali***

***Requisiti speciali***

La caratteristica peculiare dei requisiti rientranti nelle prime due categorie è quella di essere di natura vincolata, vale a dire non soggetti, quanto alla loro introduzione quali condizioni di

partecipazione, a valutazioni di tipo discrezionale in capo all'amministrazione precedente.

Quanto alla prima categoria, ovvero quella dei **requisiti generali**, si tratta più esattamente, ai sensi del cit. art. 38 del Codice, della impossibilità a partecipare alle procedura di gara stabilita per quei soggetti:

**Requisiti generali**

a) che si trovino in stato di fallimento o di liquidazione coatta o di concordato preventivo, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni;

**Situazione personale del candidato o dell'offerente**

b) nei cui confronti risulti pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui alla legge n. 1423/1956 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 575/575 (l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società);

**Non può partecipare alla gara il soggetto che si trovi:**

c) nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta (ex art. 444 del cod. proc. pen.) per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva 2004/18/CE (l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio; in ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di

aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata);

d) che abbiano violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 55/1990;

e) che abbiano commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei contratti pubblici;

f) che abbiano commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara o altrimenti un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale;

g) che abbiano commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti;

h) che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara abbiano reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei contratti pubblici;

i) che abbiano commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti;

***Vedi infra  
specifiche h1)  
introdotte nel  
2008***

l) che non presentino la certificazione di cui all'articolo 17 della legge n. 68/1999 (sul diritto al lavoro dei disabili) o idonea certificazione sostitutiva;

m) nei cui confronti sia stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del d.lgs. n. 231/2001 (sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica) o altrimenti altra sanzione che comporti il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione.

***Vendi infra  
m)bis***

Il medesimo art. 38 del Codice prevede quindi (alla lettera m<sup>-bis</sup>, **m)ter**, introdotta con il decreto correttivo approvato con il d.lgs. n. 113/2007) una ulteriore causa di esclusione, che tuttavia, in quanto relativa al sistema di qualificazione nel settore dei lavori pubblici, sarà considerata nella sezione a questi relativa.

Peraltro, in relazione a tale norma, il terzo correttivo (D. Lgs. 158/2008), unitamente ad una mera modifica terminologica con riguardo a tale ultima lettera (sostituendo il nomen juris "revoca" con quello più corretto di "decadenza"), ha inciso sull'ipotesi relativa alla Esclusione dalle gare per false dichiarazioni del subappaltatore (art. 2, comma 1, lettera h.1): in particolare, la disposizione modifica l'art. 38, comma 1 lettera h) del codice, prevedendo l'esclusione fino ad un anno dalle procedure di gara per falsità nelle dichiarazioni relative ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per eseguire lavori pubblici, non soltanto rese in sede di gara, ma anche "per l'affidamento dei subappalti". Si ritiene che la previsione vada intesa nel senso che le dichiarazioni rilevanti siano quelle rese dal subappaltatore ai fini dell'autorizzazione al subappalto e che, pertanto, a quest'ultimo possa essere preclusa la partecipazione alle gare in caso di falsità delle stesse. Ciò sembra confermato dall'art. 118, comma 2, punto 3, che rinvia espressamente alle dichiarazioni del subappaltatore circa il possesso dei requisiti di qualificazione ed attribuisce all'appaltatore il mero compito di trasmetterle all'amministrazione.

**h1)**  
*Specifiche  
introdotte nel  
2008 con  
riferimento alle  
esclusioni di cui  
alla lettera h)*

Ancora, al riguardo va segnalato che la Legge 15 luglio 2009, n. 94, (in GU n. 170 del 24 luglio 2009) ha apportato ulteriori modifiche all'articolo 38 del Codice (D.Lgs 163/2006) che disciplina i requisiti di ordine generale dei partecipanti alle gare per l'aggiudicazione di pubblici contratti, così sintetizzabili: da un lato, viene prevista una nuova causa di esclusione nella lettera m-ter) dell'art. 38 del Codice: l'esclusione dalle procedure di aggiudicazione di appalti per coloro che, vittime del reato di concussione ovvero quello di estorsione, aggravati dalla finalità di favorire associazioni di natura criminale e di stampo mafioso, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria. Dall'altro si precisa l'inoperatività della causa di cui alla lettera m-ter) qualora la mancata denuncia sia riconducibile allo stato di necessità nella quale si trovava la vittima del reato, ovvero la necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona.

**m)ter**  
*Specifiche  
introdotte nel  
2009*

In base al secondo comma dell'art. 38, il possesso dei requisiti è attestato dal candidato o dal concorrente a mezzo delle dichiarazioni

sostitutive previste dal testo unico sulla documentazione amministrativa, approvato con dpr. n. 445/2000, salvi naturalmente i previsti momenti di verifica, tanto concomitanti alla procedura come successivi.

#### ***Requisiti generali***

Funzionalmente non dissimili dalla categoria dei requisiti di ordine generale è la seconda categoria sopra individuata, ovvero quella dei **requisiti di idoneità professionale**. Anche questi ultimi sono infatti destinati a tracciare una linea di demarcazione, in alcun modo rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, fra i soggetti giuridicamente abilitati ad assumere l'incarico in affidamento e i soggetti invece sprovvisti di tale astratta capacità giuridica.

#### ***Requisiti di idoneità professionale***

Con riferimento ai settori delle forniture e dei servizi, si tratta in sostanza - salvo casi speciali - della iscrizione nella sezione del registro delle imprese di competenza, o altrimenti nel pertinente albo professionale o nelle apposite commissioni provinciali per l'artigianato.

#### ***Non sono discrezionali***

Anche in questo caso la modalità di attestazione prevista è quella dell'autodichiarazione, o meglio della dichiarazione sostitutiva di certificazione.

#### ***Requisiti speciali***

Con la terza categoria di requisiti, ovvero quelli relativi alla **capacità economica e finanziaria** dei candidati o concorrenti, si entra nell'area dei **requisiti speciali**, ovvero quelli determinati dall'amministrazione precedente in ragione delle caratteristiche concrete del singolo contratto in affidamento e comunque in esercizio di poteri discrezionali suoi propri.

#### ***Capacità economica e finanziaria***

Trattasi peraltro di discrezionalità contenuta entro precisi margini prefissati nello stesso Codice dei contratti (art. 41), nel quale è stabilito che negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti:

#### ***Indicazioni nel Codice dei contratti***

a) idonee dichiarazioni bancarie, rese da istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi della legge n. 385/1993 (Testo unico sull'attività bancaria);

b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa;

c) dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati

negli ultimi tre esercizi.

Sotto il profilo delle modalità di prova, gli elementi di cui alla lettera b) ed alla lettera c) sono di regola attestati a mezzo di dichiarazione sostitutiva di atto notorio, ai sensi dell'art. 47 del dpr. n. 445/2000, mentre così non può essere, evidentemente, per le dichiarazioni bancarie.

Per queste ultime è inoltre prescritto che la presentazione avvenga da parte di almeno due distinti Istituti di credito.

Per gli elementi di cui alla lettera c), ovvero il cd. *fatturato globale d'impresa* e il cd. *fatturato specifico*, si pone la questione del corretto dimensionamento delle soglie di partecipazione relative.

Da una parte, difatti, tale dimensionamento dovrà avvenire in modo da selezionare per la fase di confronto concorrenziale quelle sole offerte che risultino presentate da soggetti che diano adeguate garanzie di solidità economica e finanziaria; dall'altra, dovranno individuarsi soglie di partecipazione che siano giustificate dalla consistenza e dalla rischiosità intrinseca del contratto in affidamento.

Soccorre in questo caso il fondamentale principio di proporzionalità, in ragione del quale non potrà richiedersi ai concorrenti il possesso di requisiti ad un livello eccedente l'oggetto dell'incarico in affidamento <sup>38</sup>.

***Codice dei Contratti recepisce la Direttiva Unica***

Recepimento del tutto corrispondente previsione contenuta nella Direttiva Unica, il terzo comma del cit art. 41 del Codice dei contratti introduce una norma di relativa flessibilizzazione del sistema (espressione del generale principio di tendenziale non formalità), secondo cui qualora il concorrente non sia in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, lo stesso concorrente può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.

Tale principio, sia pure ineccepibile in sé considerato, è in concreto latore di elementi di criticità nella prassi operativa, in quanto per questa via le amministrazioni procedenti possono venire chiamate ad assumere decisioni tutt'altro che scontate e di estrema delicatezza.

***Requisiti speciali***

***Capacità tecnica***

La quarta categoria di requisiti, anch'essi di ordine speciale, è quella relativa alla **capacità tecnica** degli operatori istanti per la

partecipazione o per l'aggiudicazione.

Non dissimilmente dal sistema disegnato in ordine alle modalità di attestazione della capacità economico-finanziaria, l'art. 41 del Codice dei contratti prevede che ai concorrenti possa essere richiesto di dimostrare la propria idoneità tecnica ad assumere l'appalto oggetto di gara, attraverso una o più delle modalità o dei sistemi individuati in apposito elenco ivi contenuto, ovvero attraverso:

- a) la presentazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi;
- b) l'indicazione dei tecnici e degli organi tecnici, facenti direttamente capo, o meno, al concorrente e, in particolare, di quelli incaricati dei controlli di qualità;
- c) la descrizione delle attrezzature tecniche tale da consentire una loro precisa individuazione e rintracciabilità, delle misure adottate dal fornitore o dal prestatore del servizio per garantire la qualità, nonché degli strumenti di studio o di ricerca di cui dispone;
- d) il controllo, in ipotesi di prodotti di particolare complessità o destinazione, sulla capacità di produzione e, se necessario, di studio e di ricerca del concorrente e sulle misure utilizzate da quest'ultimo per il controllo della qualità;
- e) l'indicazione dei titoli di studio e professionali dei prestatori di servizi o dei dirigenti dell'impresa concorrente e, in particolare, dei soggetti concretamente responsabili della prestazione di servizi;
- f) l'indicazione, per gli appalti di servizi e unicamente nei casi appropriati, stabiliti dal regolamento, delle misure di gestione ambientale che l'operatore potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto;
- g) l'indicazione, per gli appalti di servizi, del numero medio annuo di dipendenti del concorrente e il numero di dirigenti impiegati negli ultimi tre anni;
- h) l'acquisizione di dichiarazione, per gli appalti di servizi, indicante l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto;

i) l'indicazione della quota di appalto che il concorrente intenda, eventualmente, subappaltare;

l) nel caso di forniture, la produzione di campioni, descrizioni o fotografie dei beni da fornire, la cui autenticità sia certificata a richiesta della stazione appaltante;

m) nel caso di forniture, la produzione di certificato rilasciato dagli istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità dei beni con riferimento a determinati requisiti o norme.

La stazione appaltante dovrà dunque precisare negli atti di indizione della procedura quali dei suindicati documenti e requisiti dovranno essere presentati e/o dimostrati dai concorrenti.

Anche in questo caso, le informazioni ed i requisiti richiesti non potranno eccedere l'oggetto dell'appalto, sia sotto il profilo quantitativo che sotto il profilo qualitativo, ed i requisiti stessi potranno essere provati in sede di gara mediante dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del dpr. n. 445/2000.

Ovviamente, poi - nemmeno a dirlo - tutte le prescrizioni di cui trattasi dovranno risultare compatibili con il fondamentale principio di non discriminazione, prima di tutto in base alla nazionalità dell'operatore (ma più in generale con riferimento a qualsiasi altro elemento diverso dalle caratteristiche minime effettivamente necessarie per la realizzazione dell'intervento programmato).

Il caposaldo di tale sistema nella Regione Sicilia è costituito dall'art. 8 della legge n. 109/1994, testo coordinato (il quale trova il suo corrispondente nel Codice dei contratti all'art. 40).

Tale articolo prevede, tra l'altro, quanto segue:

- o i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati ed improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza; allo stesso fine i prodotti, i processi, i servizi e i sistemi di qualità aziendali impiegati dai medesimi soggetti sono sottoposti a certificazione, ai sensi della normativa vigente;
- o con apposito regolamento<sup>39</sup> è istituito un sistema di qualificazione, unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di

*In Sicilia  
Art.8 L.109/94*

*Il sistema di  
qualificazione  
dei partecipanti  
Nel settore dei  
lavori pubblici*

*Lavori di  
importo*



lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro, articolato in rapporto alle tipologie ed all'importo dei lavori stessi; **superiore ai 150.000€**

o il sistema di qualificazione è attuato attraverso l'opera di organismi di diritto privato di attestazione (cd. S.O.A., ovvero Società Organismo di Attestazione), appositamente autorizzati dall'Autorità di vigilanza per i lavori pubblici;

o a tali organismi di attestazione è affidato il compito di verificare ed attestare l'esistenza nei soggetti qualificandi (oltre ad altro) della certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee e alla vigente normativa nazionale e soprattutto dei requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni di riferimento;

o per i lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro il sistema di qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici <sup>40</sup> opera con modalità semplificate, ovvero:

- per le imprese iscritte all'albo separato delle imprese artigiane è sufficiente, per partecipare agli appalti dei lavori pubblici, la presentazione del certificato di iscrizione, da almeno due anni, al albo camerale detto;
- per le imprese cooperative iscritte al registro prefettizio, sezione produzione e lavoro, è sufficiente, per partecipare agli appalti dei lavori pubblici, la presentazione del certificato di iscrizione, da almeno due anni, al registro prefettizio detto;
- per tutte le altre imprese non rientranti nelle due fattispecie precedenti, per la partecipazione agli appalti di lavori pubblici i requisiti richiesti sono quelli previsti dall'articolo 28, comma 1, lettera a) del decreto del Presidente della Repubblica del 25 gennaio 2000, n. 34, ridotti del cinquanta per cento.

**Lavori di importo inferiore ai 150.000€**

Ulteriori specificazioni in materia sono poi contenute nei più volte citati ddpprr. 554/1999 e 34/2000, entrambi applicabili all'interno della Regione in virtù del disposto dell'art. 1, comma 2, della legge regionale n. 7/2002.

In particolare all'art. 72 del dpr. 554/1999 è stabilito che ai fini dei bandi di gara e della qualificazione delle imprese, le opere e i lavori pubblici appartengono ad una o più categorie di opere generali ovvero ad una o più categorie di opere specializzate, mentre il successivo art. 73 pone le seguenti regole di base:

- nei bandi di gara per l'appalto di opere o lavori pubblici è richiesta la qualificazione nella sola categoria di opere generali che rappresenta la categoria prevalente, e che identifica la categoria dei lavori da appaltare;
- nei bandi di gara per l'appalto di opere o lavori nei quali assume carattere prevalente una lavorazione specializzata, la gara è esperita con espressa richiesta della qualificazione nella relativa categoria specializzata;
- si intende per categoria prevalente quella di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento.

Il dpr. n. 34/2000 contiene quindi la disciplina specifica dell'intera materia, dall'articolazione del sistema di qualificazione per *categorie* di opere e lavorazioni (identificate nell'allegato A del dpr. medesimo) e per livelli di importo (cd. *classificazioni*), ai requisiti soggettivi degli organismi deputati ad operare quali SOA, nonché alle modalità di funzionamento di queste ultime; dai requisiti di ordine sia generale che speciale necessari per l'iscrizione alle diverse categorie e classi del sistema, alle modalità di verifica e attestazione di tali requisiti, etc..

*Per  
l'articolazione  
del sistema  
delle  
qualificazioni s  
i veda il  
dpr. n. 34/2000*

Per il dettaglio di tale disciplina specifica, per non appesantire inutilmente la presente breve trattazione, si ritiene di rimandare quindi direttamente al dpr. n. 34/2000 cit..

Quantomeno a livello nazionale, il sistema normativo qui richiamato (dpr. 554/1999 e dpr. 34/2000) è peraltro destinato a venir meno con l'entrata in vigore del regolamento di esecuzione previsto all'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 (attualmente in via di pubblicazione sulla GURI), al quale l'art. 40 del Codice ("Qualificazione per eseguire lavori pubblici") rimanda per la riformulazione della relativa disciplina.

## **X.6 L'istituto dell'avvalimento**

È noto che l'Istituto dell'avvalimento è di preta derivazione comunitaria.

La relativa disciplina si rinviene, a livello appunto di normativa europea, all'**art. 47**, relativo ai requisiti di capacità economico e finanziaria, e all'**art. 48**, relativo ai requisiti di capacità tecnica, della **Direttiva Unica**, laddove, con minime differenze di ordine

essenzialmente terminologico, è stabilito il seguente principio:

**Definizione**

un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, purchè sia in condizioni di dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice di poter disporre dei mezzi necessari, ad esempio, mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti.

Trattasi peraltro di un principio già da tempo affermato in sede giurisprudenziale, sia in ambito europeo come in ambito interno.

**La ratio:  
ampliare il  
bacino della  
concorrenza**

La *ratio* dell'avvalimento - frequentemente definito, con una espressione se non del tutto corretta quantomeno piuttosto efficace, come *prestito di requisiti* - è evidentemente quella di ampliare il bacino della concorrenza potenziale, consentendo, a quei soggetti che non dispongano da se soli dei requisiti speciali (economici e tecnici) richiesti per la partecipazione ad una determinata procedura, di presentare, in aggiunta ai propri, i requisiti di altro operatore, dei cui mezzi e risorse possano avvalersi in virtù impegni giuridici certi.

**Consiste in un  
prestito di  
requisiti**

Si è anche parlato, in merito, di *possesso indiretto* dei requisiti di partecipazione, ovvero per il tramite della cd. *impresa ausiliaria*.

Nella funzione ampliativa della concorrenza, l'avvalimento presenta indubbe affinità tanto con l'istituto del subappalto come con il fenomeno della partecipazione alle procedure in forma riunita ed in particolare con l'istituto dei raggruppamenti temporanei.

L'impresa cd. *ausiliaria* peraltro - in ciò differenziandosi rispetto alle anzidette diverse opzioni - non sottoscrive un porzione dell'offerta ma semplicemente mette a disposizione dell'*impresa avvalente*, per un determinato contratto, requisiti, mezzi e risorse facenti capo esclusivamente ad essa impresa ausiliaria.

Le su richiamate disposizioni della Direttiva Unica, vevoli senza distinzioni per tutti i possibili settori di insidenza dell'operazione (lavori, servizi, forniture o settori speciali), sono state recepite, integrate e ampiamente specificate nel **Codice dei contratti pubblici**, e più esattamente agli artt. 49 e 50.

**Le disposizioni  
previste nella  
Direttiva Unica  
sono state  
recepite dal  
Codice dei  
contratti**

A' termini di questi ultimi, il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un

altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto.

Sin qui, sostanzialmente, nulla di aggiuntivo rispetto alle previsioni delle corrispondenti norme comunitarie, fatta ovviamente salva l'inclusione dell'attestazione SOA (in quanto istituto interno) quale elemento suscettibile di avvalimento.

Là dove il Legislatore nazionale è andato oltre quello comunitario è invece nella definizione di una specifica disciplina dei termini di funzionamento dell'istituto, in primo luogo individuando la documentazione che l'impresa avvalente è tenuta a presentare, ovvero, in sintesi:

a) una sua dichiarazione attestante il ricorso all'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria;

b) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di partecipazione (di cui all'art. 38 del Codice);

c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei medesimi suindicati requisiti generali di partecipazione;

d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui il concorrente autonomamente non dispone;

e) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata, né si trova in una situazione di controllo rispetto ad altre imprese partecipanti alla procedura;

f) il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto;

g) nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo, in luogo del contratto di cui alla lettera precedente l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono obblighi corrispondenti.

Ovviamente, poi, se il requisito oggetto di avvalimento consiste nella iscrizione nella pertinente categoria e classe del sistema di qualificazione, l'impresa ausiliaria sarà tenuta a presentare idonea attestazione SOA.

In ogni caso l'art. 50 del Codice rinvia per tale ipotesi al regolamento generale (di cui all'art. 5, comma 1 del Codice stesso) per una più specifica disciplina dei termini e delle condizioni dell'avvalimento.

Fra le altre, di assoluto rilievo sono poi ancora:

- la disposizione che prevede la responsabilità solidale fra concorrente e impresa ausiliaria in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (art. 49, comma 4);

- la disposizione che prevede la possibilità per la stazione appaltante di limitare nel bando di gara il ricorso all'avvalimento ai soli requisiti economici oppure ai soli requisiti tecnici (art. 49, comma 7). Il terzo correttivo (D. Lgs. N. 152/2008) ha abrogato tale comma 7 e la connessa possibilità per il bando di introdurre tali limitazioni. Il decreto prevede altresì la modificazione del comma 6 dell'art. 49, nel senso che per i lavori rimane ferma la regola secondo cui il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria; tuttavia, il bando può prevedere l'avvalimento di più imprese ausiliarie, purché se ne utilizzi il complesso dei requisiti attestati dalla SOA.

- le disposizioni secondo cui in relazione a ciascuna gara di regola non è consentito che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente (art. 49, comma 8), fatta eccezione solamente per l'ipotesi in cui i requisiti richiesti siano connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato (art. 49, comma 9);

- la disposizione, frutto della novella apportata con l'art. 2 del d.lgs. n. 6 del 2007, secondo cui all'impresa ausiliaria è consentito di assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati (art. 49, comma 10).

Per quanto concerne l'operatività nella Regione Sicilia dell'istituto dell'avvalimento, la situazione risulta essere diversificata a seconda del settore di riferimento.

Nessun dubbio sussiste nel caso si tratti di operazioni insistenti nei settori delle forniture, dei servizi e dei settori speciali, in considerazione del rinvio dinamico alla normativa nazionale operato rispettivamente agli artt. 31, 32 e 33 della legge regionale n. 7/2002;

*L'avvalimento  
in Sicilia*

*L'istituto si  
applica in tutti i  
settori: i servizi  
forniture  
settori speciali  
lavori*

Per il settore dei lavori, il rinvio statico operato dalla legge medesima alla legge quadro nazionale n. 109/1994, la quale nulla prevede in ordine all'istituto dell'avvalimento, sembrerebbe precludere l'operatività del medesimo.

E tuttavia, in ragione del fatto che l'istituto dell'avvalimento è comunque previsto a livello di Direttiva Unica, le cui disposizioni di genere autoesecutivo - come devono ritenersi quelle sull'avvalimento - si applicano all'interno degli Stati membri indipendentemente da qualsiasi intervento di attuazione o recepimento, l'opzione dell'avvalimento si reputa costituisca una delle forme consentite ai concorrenti per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione, anche a prescindere da specifiche previsioni in merito all'interno dei bandi di gara.

*Norma  
autoesecutiva*

Più problematica si presenta la questione in ipotesi di procedure sottosoglia, non regolate come tali dalle Direttive europee.

Peraltro, quantomeno il fatto che l'istituto dell'avvalimento è stato da tempo riconosciuto, per via giurisprudenziale, come principio immanente all'ordinamento comunitario, così come a quello interno, sembra deporre nel senso di una potenziale operatività dell'istituto anche in caso di operazioni di valore stimato inferiore alla soglia di applicazione delle Direttive Appalti.

*Istituto  
riconosciuto  
anche negli  
appalti di lavori  
"sotto soglia"*

## **X.7 I criteri di valutazione**

I criteri per la valutazione e la selezione delle offerte già sono stati considerati, sia pure brevemente, nel precedente capitolo IX, allorché sono stati illustrati i metodi alternativi per l'aggiudicazione delle gare.

In tema, quindi, si ritiene sufficiente sottolineare qui solamente alcuni punti specifici o di speciale rilievo.

**1)** Innanzitutto occorre ricordare che l'elencazione dei possibili criteri di valutazione fornita all'art. 83 del Codice dei contratti pubblici, così come quelle fornite all'art. 21 della legge quadro per i lavori pubblici nella Regione Sicilia (n. 109/1994, testo coordinato), sono da reputarsi come meramente esemplificative, essendo comunque rimesso alle amministrazioni procedenti l'effettiva individuazione degli specifici criteri di valutazione ritenuti maggiormente idonei con riferimento alle singole concrete procedure da espletarsi.

Fermo quindi restando l'essenziale ruolo guida svolto da tali elencazioni, il primo metacriterio a cui deve essere informata l'azione

*Le elencazioni  
previste dalla  
legge sono  
semplificative*

*I meta criteri*

dell'amministrazione precedente sono quelli della concreta pertinenza e rispondenza dei requisiti specificandi rispetto alla operazione intrapresa.

Se ciò vale con riferimento ai singoli criteri di specie (in senso lato) qualitativa, tanto più vale in ordine al giusto equilibrio che deve essere ricercato fra l'incidenza dell'elemento prezzo e l'incidenza degli altri elementi di valutazione.

La ragionevolezza e coerenza di tutte tali determinazioni rimane del resto sindacabile, è bene precisarlo, anche a posteriori in sede di contenzioso amministrativo o giudiziario.

**2)** Vale inoltre la pena di sottolineare la spiccata accentuazione nel Codice dei contratti, in linea peraltro con affermati indirizzi giurisprudenziali, delle istanze di trasparenza nelle operazioni di valutazione, con la conseguente necessaria previsione già negli atti iniziali della procedura non solo dei criteri di valutazione ma anche degli eventuali sub-criteri e sup-punteggi o fattori ponderali.

Dovrà dunque pervenirsi già all'atto dell'estensione del bando di gara ad una griglia di valutazione sufficientemente analitica da non richiedere se non del tutto marginali interventi di specificazione da parte delle commissioni giudicatrici (comunque da intervenire con riferimento ai soli *criteri motivazionali* e rigorosamente soltanto prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte).

***La trasparenza:  
individuazione  
negli atti iniziali  
della procedura***

***sia dei criteri di  
valutazione che  
dei punteggi o  
fattori ponderali***

**3)** L'oggetto della valutazione individuato dai relativi criteri deve essenzialmente consistere nel progetto di intervento presentato dal concorrente (merito, modalità, fattibilità, economicità, efficacia, coerenza, innovatività, etc.) e non invece sulle caratteristiche soggettive di base del soggetto proponente <sup>41</sup>, la considerazione delle quali è invece adempimento specifico della fase di qualificazione.

**4)** Qualora la stazione appaltante non sia in grado di stabilire tramite la propria organizzazione i criteri di valutazione al prescritto livello di coerenza ed analiticità, l'incarico di redigere tali criteri potrà essere affidato ad uno o più esperti, da nominarsi con la stessa determina a contrarre (cfr. appresso, paragrafo XII.2).

**5)** Accanto ai criteri e parametri di valutazione, già negli atti di indizione della procedura potrà essere individuato il metodo specifico attraverso cui la commissione provvederà ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa (ad esempio mediante il cd. metodo *electre* o il cd. metodo *aggregativo-compensatore* o il cd. metodo del *confronto a coppie*, tutti dettagliatamente illustrati nel regolamento esecutivo generale di prossima pubblicazione).

***Individuazione  
del metodo  
specifico***

## **XI - LE FASI DELLA PROCEDURA A' TERMINI DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI**

Forse uno dei momenti più innovativi del Codice dei contratti pubblici è rappresentato dal disposto degli artt. 11 e 12, avente ad oggetto le fasi della procedura di affidamento sino all'aggiudicazione (art. 11) e gli ulteriori passaggi o adempimenti procedurali culminanti con la definitiva approvazione del contratto stipulato (art. 12).

A ben vedere, peraltro, l'aspetto maggiormente innovativo non risiede tanto nei contenuti specifici delle suindicate disposizioni, le quali in alcuni casi appaiono anzi semplicemente riproduttive di norme già presenti in altre diverse fonti, primi fra tutti i *vecchi* strumenti di contabilità di Stato (rrdd. 2440/1923 e 827/1924). Risiede, invece, nella *ratio* comune alle suddette disposizioni, ovvero l'intento di realizzare una codificazione avente carattere il più possibile completo e di applicazione quanto più possibile generale delle fasi essenziali dei procedimenti ad evidenza pubblica.

*La codificazione completa delle procedure di affidamento*

Inutile evidenziare che trattasi di uno sforzo tutto interno, posto che le Direttive europee di settore non pongono alcuna disciplina sistematica della materia, in quanto sostanzialmente rimessa alla potestà di autodeterminazione organizzativa dei singoli Stati membri.

Va peraltro detto che il lodevole intento di conferire uniformità ai procedimenti di evidenza pubblica in genere incontra un limite non indifferente nella diversità di fondo degli ordinamenti statutari propri delle singole amministrazioni aggiudicatrici (amministrazioni centrali, regioni, enti locali, enti pubblici non economici, organismi di diritto pubblico, etc.), determinandosi per questa via per gli operatori dubbi e difficoltà applicative, anche, alle volte, di una certa consistenza.

*I quattro passaggi fondamentali*

In ogni caso, i tredici commi dell'art. 11 ("Fasi delle procedure di affidamento") permettono di enucleare almeno quattro passaggi (o serie di passaggi) essenziali della sequenza procedurale destinata a

---

<sup>42</sup> In senso lato, poichè in senso proprio il primo atto della procedura è costituito dalla pubblicazione del bando di gara.

<sup>43</sup> Ciò, naturalmente, con riferimento alle attività di realizzazione dell'intervento programmato, mentre la procedura di selezione degli incaricati della progettazione possiede, di norma, la connotazione di una procedura concorsuale a tutti gli effetti, caratterizzata quindi dalla ordinaria dialettica interessi pubblici / interessi privati dei concorrenti.



sfociare nel provvedimento di aggiudicazione, ovvero, in breve:

- (1) assunzione della determinazione a contrarre, ovvero il provvedimento attraverso cui la stazione appaltante esprime la volontà di procedere ad una determinata operazione e contestualmente ne fissa tutti gli elementi principali, procedurali come anche sostanziali;
- (2) individuazione degli offerenti, ovvero la selezione, previa pubblicazione del bando, dei soggetti ammessi a concorrere per l'aggiudicazione della procedura;
- (3) selezione dell'offerta più conveniente, sotto il profilo solo economico o altrimenti sia economico che tecnico, con conseguente aggiudicazione della procedura (prima in via provvisoria e quindi in via definitiva);
- (4) stipula ed approvazione del contratto di affidamento.

Ovviamente, come meglio si vedrà nel prosieguo, ciascuno di tali momenti si articola in una serie più o meno ampia di specifici significativi, ma le quattro fasi o serie di passaggi sopra enunciate si ritiene rendano adeguatamente il percorso fondamentale dei procedimenti ad evidenza pubblica.

Non risulterà quindi inutile una, sia pur breve, distinta presentazione di ciascuna di tali fasi o tappe, i cui passaggi principali saranno comunque oggetto nel prosieguo di ulteriore considerazione sotto diversa e più specifica prospettiva.

### **(1) la determinazione a contrarre**

#### ***1) primo atto della procedura***

Assunta di regola dall'organo di vertice dell'amministrazione procedente, la deliberazione o determina a contrarre rappresenta il primo atto della procedura (in senso lato), e vale fondamentalmente a fissare i punti essenziali della medesima, ovvero:

- l'oggetto e le caratteristiche dell'intervento in affidamento, anche in termini di valore stimato;
- la soluzione procedurale prescelta per la selezione del contraente ed i termini essenziali della procedura stessa.

Prima prevista espressamente soltanto per gli Enti locali, ne è ora generalizzata l'adozione a prescindere dalla natura dell'amministrazione procedente, ovviamente da avvenire in conformità alle specifiche disposizioni ordinamentali di ciascuna amministrazione.

Va comunque detto che se per un verso la determinazione (o delibera o decreto) a contrarre rappresenta il momento di avvio della procedura di affidamento<sup>42</sup>, per altro verso lo stesso provvedimento rappresenta per molti aspetti il momento di chiusura della cd. fase pubblicitica dell'operazione, essenzialmente costituita dagli adempimenti in materia di programmazione e progettazione.

Come meglio si vedrà nel prosieguo, specie nel caso di lavori pubblici tali adempimenti possono risultare anche di notevole complessità e consistenza, ma in ogni caso sono caratterizzati dalla mancanza di posizioni pretensive qualsivoglia in capo agli operatori di mercato del settore, trattandosi sostanzialmente di un processo decisionale destinato a risolversi in un contesto, appunto, eminentemente pubblicitico<sup>43</sup>.

Speciale rilevanza esterna riveste la determinazione a contrarre nel caso di procedure negoziate (senza pubblicazione di bando di gara), in quanto le motivazioni del ricorso a siffatta procedura - sindacabili in ogni sede, in quanto veri e propri presupposti legittimanti la procedura stessa - devono *ex lege* comparire (ex art. 57, primo comma, del d.lgs. 163/2006) nella determina di avvio del procedimento.

*2) Fase che varia  
in relazione alla  
procedura*

## **(2) L'individuazione degli offerenti**

L'individuazione degli offerenti, ovvero dei soggetti a cui viene consentito di concorrere, a mezzo di propria offerta, per l'aggiudicazione del contratto, avverrà naturalmente con modalità diverse a seconda della tipologia a cui appartiene la procedura espletanda. In ogni caso, peraltro, presuppone l'intervenuta indizione, nei modi prescritti, della procedura stessa.

*Procedure  
aperte*

Ad esempio, nel caso di procedura aperta, l'individuazione degli offerenti avverrà di regola, alla stregua delle prescrizioni del bando e del disciplinare di gara, mediante accertamento da parte del medesimo seggio di gara incaricato anche della valutazione delle offerte.

Uno stesso organo (ordinario o straordinario) dell'amministrazione,

per la sostanziale continuità che caratterizza le procedure aperte, verificherà quindi dapprima la sussistenza in capo ai concorrenti dei prescritti requisiti e condizioni di partecipazione, generali come speciali, nonché dell'avvenuto rispetto da parte degli stessi delle modalità di partecipazione stabilite, e successivamente provvederà alla valutazione delle offerte non escluse dalla procedura.

Nel caso invece di procedure ristrette, la fase di prequalificazione occupa uno spazio autonomo del complessivo iter della procedura, in quanto di norma le operazioni di verifica relative vengono svolte - perlomeno quando si tratti di aggiudicare con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa - da parte di uffici od organi dell'amministrazione procedente diversi da quelli che provvederanno, nel prosieguo, alla valutazione delle offerte.

*Procedure  
ristrette  
la  
prequalificazione*

In ogni caso tale fase culminerà con l'individuazione dei soggetti aventi titolo a ricevere la lettera di invito ad *offrire* (che diviene invito a *negoziare*, in ipotesi di procedure negoziate previa pubblicazione di bando, oppure invito a *partecipare al dialogo competitivo*, qualora di tale procedura si tratti).

In quanto le decisioni di esclusione o di non ammissione assunte nel corso della fase di individuazione degli offerenti fase sono tali da determinare la definitiva estromissione del concorrente dalla procedura, le stesse decisioni sono immediatamente soggette al sindacato giurisdizionale di legittimità.

La fase di individuazione degli offerenti include infine il subprocedimento nel quale si provvede alla verifica del possesso, in capo ad una determinata quota di concorrenti, dei requisiti speciali dichiarati in sede di gara, ai sensi dell'art. 48, comma 1, del Codice dei contratti (v.si *infra*, paragrafo XII.3).

### **(3) Selezione dell'offerta più conveniente**

*3)la fase  
competitiva*

La selezione dell'offerta maggiormente conveniente rappresenta la fase propriamente competitiva della procedura ed avverrà naturalmente sulla base del metodo, dei criteri di aggiudicazione e dei relativi fattori di ponderazione predeterminati nel bando di gara (o nella lettera di invito).

La competizione potrà così vertere solo sul prezzo, e in questo caso il procedimento di selezione sarà di tipo automatico, e potrà invece

vertere anche su elementi di ordine tecnico-progettuale, ed in questo caso la selezione passerà necessariamente per le valutazioni di ordine tecnico di apposita commissione giudicatrice, alla stregua dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici.

Il processo di individuazione della migliore offerta, in senso lato, include il subprocedimento di verifica delle anomalie delle offerte, ovvero quel subprocedimento volto a verificare, in contraddittorio con i concorrenti interessati, la congruità e sostenibilità economica delle offerte che presentino carattere anormalmente basso, individuato quest'ultimo a mezzo di criteri automatici o anche a prescindere. Solo difatti esaurito anche tale subprocedimento potrà procedersi all'individuazione del soggetto aggiudicatario della procedura.

Trattasi, più esattamente, dapprima dell'**aggiudicazione provvisoria**, pronunciata dal seggio di gara (commissione giudicatrice o anche organo / ufficio diverso, in caso di procedura da aggiudicarsi al prezzo più basso), e solo successivamente dell'**aggiudicazione definitiva** della stessa.

Quest'ultima si ha, a tenore del Codice dei contratti pubblici, quando la stazione appaltante, preso atto delle risultanze di gara consacrate nei verbali delle operazioni relative e quindi dell'aggiudicazione provvisoria negli stesi verbali formulata, verificata la correttezza delle operazioni medesime, nonché la permanenza dell'interesse pubblico verso la stipula del contratto in affidamento, provvede in via definitiva ad aggiudicare la gara.

Seppure qualificata dal Legislatore nazionale (e ancora prima dalla prassi e della giurisprudenza) come *definitiva*, l'aggiudicazione pronunciata dalla stazione appaltante non è ancora tuttavia efficace, in quanto prima che la stessa raggiunga tale stato occorrerà procedere al controllo (successivo) circa il possesso dei requisiti speciali dichiarati previsto all'art. 48, comma 2, del Codice dei contratti (o all'art. 10, comma 1<sup>quater</sup>, della legge n. 109/1994, testo coordinato).

## **(5) Stipula ed approvazione del contratto**

Esperiti i prescritti controlli da ultimo indicati (ovvero quelli relativi al possesso in capo all'aggiudicatario dei requisiti dichiarati in sede di gara) ed acquisita l'ulteriore documentazione prescritta (ad esempio la cauzione contrattuale), l'amministrazione può finalmente provvedere, nel rispetto anche della tempistica di cui al comma 9 dell'art. 11 del Codice dei contratti, alla stipula del contratto di affidamento, la cui

**5)  
Dopo  
l'aggiudicazione  
definitiva il  
contratto**

efficacia (e quindi eseguibilità) resta peraltro sospensivamente condizionata all'esito positivo del procedimento di approvazione a cui il contratto concluso è *eventualmente* (ovvero essenzialmente in ragione dell'ordinamento di riferimento della stazione appaltante) sottoposto.

## **XII - MOMENTI O ADEMPIMENTI PRINCIPALI DEL PROCESSO DI AFFIDAMENTO, AGGREGATI PER FASI OPERATIVE**

### **XII.1 In sintesi**

Le quattro macro fasi individuate al punto precedente contengono evidentemente al loro interno una ben più consistente gamma di momenti o adempimenti autonomamente significativi, molti dei quali meritano distinta considerazione.

Nello stesso tempo sembra utile riaccorpere tale più consistente gamma di momenti o adempimenti significativi nei tre fondamentali segmenti operativi del processo, ovvero:

- (1) un primo segmento che dalla programmazione dell'intervento giunge sino alla definitiva adozione degli atti di gara ed in particolare alla pubblicazione del bando;
- (2) un secondo segmento che comprende tutte le operazioni relative allo svolgimento della procedura, sino all'aggiudicazione della stessa;
- (3) un terzo segmento che muovendo dall'aggiudicazione definitiva si conclude con i provvedimenti atti a conferire definitiva efficacia ed eseguibilità al contratto.

#### **I segmento**

Per una procedura tipo od ordinaria, il **primo segmento** può dirsi comprendere al suo interno i seguenti principali momenti (ordinati secondo un criterio logico-temporale, nel quale cioè in linea di massima ogni passaggio o adempimento presuppone quello precedente):

***Le attività che precedono l'indizione della gara***

---

<sup>44</sup> Secondo la definizione che ne fornisce il Codice (cfr. art. 3, comma 35), il profilo del committente è il sito informatico di una stazione appaltante, su cui sono pubblicati gli atti e le informazioni previsti dal Codice stesso.

<sup>45</sup> Si tratta degli enti di cui alla lettera a) del comma 2 dell'art. 2 del Testo Unico, ovvero, Amministrazione regionale a parte, delle aziende e degli Enti pubblici da essa dipendenti e/o comunque sottoposti a vigilanza, degli Enti locali territoriali e/o istituzionali e loro associazioni e consorzi, degli enti ed aziende da questi dipendenti e comunque sottoposti a vigilanza.

<sup>46</sup> Sulla base di un percorso interpretativo di una certa complessità, che in ragione delle caratteristiche di sintesi del presente elaborato non mette qui conto di riprodurre.

- a) attività ed adempimenti di genere programmatico (specialmente, ma non necessariamente soltanto, per i lavori pubblici);
- b) attività volte a definire i piani o documenti di progettazione necessari per l'esperimento della procedura;
- c) assunzione della delibera o determina a contrarre;
- d) definizione degli atti di gara;
- e) nomina del RUP (Responsabile Unico del Procedimento);
- f) adempimenti, propedeutici all'indizione, verso l'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici;
- g) adempimenti in materia di pubblicità del bando e degli altri atti di gara.

### **II segmento**

Il **secondo segmento** corrisponde alle operazioni di svolgimento della procedura di gara (in senso lato), e quindi può dirsi che al suo interno comprenda i seguenti principali passaggi o adempimenti:

*Le attività relative alle procedure di gara*

- h) costituzione del seggio di gara (oppure, quando del caso, rimessione degli atti all'Ufficio Regionale per l'espletamento di gare per l'appalto di lavori pubblici; v.si appresso);
- i) verifica delle condizioni e dei requisiti di partecipazione;
- j) controllo a campione delle dichiarazioni rese dai concorrenti in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione;
- k) valutazione comparativa delle offerte ammesse e individuazione dell'offerta maggiormente conveniente a' termini di bando (o della lettera di invito);
- l) verifica delle offerte anormalmente basse;
- m) aggiudicazione provvisoria da parte del seggio di gara;

Il **terzo segmento**, può infine dirsi composto dei seguenti **III segmento**

adempimenti:

**Aggiudicazione  
ed esecuzione  
del contratto**

- n) aggiudicazione definitiva della procedura da parte della stazione appaltante;
- o) verifica in capo all'aggiudicatario (ed in capo al 2° in graduatoria) del possesso dei requisiti speciali attestati in sede di presentazione della domanda o dell'offerta, ex art. 48, comma 2, del Codice dei contratti;
- p) adempimenti propedeutici, stipula del contratto di affidamento ed approvazione dello stesso.

Per ciascuno di tali istituti o adempimenti si ritiene opportuno fornire alcune sintetiche note illustrative.

## **XII.2 Primo segmento: dalla programmazione dell'intervento all'indizione della procedura di affidamento**

### **a) Programmazione dell'intervento**

Se è ovvio che qualsiasi intervento necessita di idonea programmazione (se non altro avuto riguardo gli adempimenti connessi allo stanziamento in bilancio dei fondi necessari), il processo di programmazione in senso proprio concerne specialmente il settore dei lavori pubblici.

Peraltro una funzione parzialmente programmatoria riveste, ad esempio, anche il cd. avviso indicativo annuale o avviso di preinformazione, attraverso cui le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori sono chiamati a rendere noto (il più rapidamente possibile dopo l'avvio dell'esercizio di bilancio nel caso di forniture o servizi; il più rapidamente possibile dopo l'adozione della decisione che autorizza il programma relativo, nel caso di lavori) l'importo complessivo stimato degli appalti o degli accordi quadro, per gruppi di prodotti o categorie di servizi, che intendono aggiudicare nei dodici mesi successivi, qualora il loro valore complessivo stimato sia pari o superiore a 750.000 euro (cfr art. 35 Direttiva Unica e art. 63 Codice dei contratti).

**L'avviso di  
preinformazione**

Tali avvisi sono pubblicati attraverso l'invio alla Commissione europea o altrimenti direttamente sul *profilo del committente* <sup>44</sup> dell'amministrazione aggiudicatrice.



La pubblicazione degli avvisi suddetti è peraltro obbligatoria qualora le amministrazioni intendano avvalersi della facoltà di ridurre alcuni degli ordinari termini di ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte previsti all'art. 38 della Direttiva ed all'art. 69 del Codice.

Per quanto riguarda i contratti per la realizzazione di **lavori pubblici**, ***lavori pubblici*** e fra questi quelli di competenza della Regione Sicilia (o meglio: dell'Amministrazione regionale, delle aziende e degli Enti pubblici da essa dipendenti e/o comunque sottoposti a vigilanza, degli Enti locali territoriali e/o istituzionali e loro associazioni e consorzi, degli enti ed aziende da questi dipendenti e comunque sottoposti a vigilanza), il principale riferimento normativo in materia di programmazione è costituito dagli artt. 14 e 14<sup>-bis</sup> della legge quadro n. 109/1994, testo coordinato.

In base a tali articoli di legge, le attività di realizzazione di lavori pubblici (di singolo importo superiore a 100.000 euro) vengono svolte previo inserimento dei lavori stessi all'interno di un sistema documentale composto da un programma triennale, aggiornamenti annuali di tale programma ed elenchi dei lavori da realizzare nell'anno di riferimento.

Tale sistema documentale viene predisposto, dalle amministrazioni o dagli enti menzionati nella parentesi del capoverso precedente, sulla base di schemi tipo approvati con decreto dell'Assessorato ai lavori pubblici e ovviamente nel rispetto dei vigenti strumenti di programmazione economica e finanziaria.

Detto programma triennale deve prevedere un ordine di priorità, nell'ambito del quale sono da ritenere comunque prioritari i lavori di manutenzione, di recupero del patrimonio esistente, di completamento dei lavori già iniziati, i progetti esecutivi approvati, nonché gli interventi per i quali ricorra la possibilità di finanziamento con capitale privato maggioritario.

Tale ordine deve naturalmente essere rispettato anche in fase di realizzazione, fatti salvi gli interventi imposti da eventi imprevedibili o calamitosi, nonché le modifiche dipendenti da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari ovvero da altri atti amministrativi adottati a livello statale o regionale.

In ogni caso, l'inserimento di un determinato intervento nell'elenco annuale dei lavori da realizzare deve essere preceduto:

- > nel caso di lavori di importo inferiore a 1.000.000 di euro,

***lavori di  
importo  
superiore a  
100.000€  
inserimento nel  
programma  
triennale***

***L'ordine di  
priorità del  
programma  
triennale***

dall'approvazione di un apposito studio di fattibilità;

- > nel caso di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro, dall'approvazione della progettazione preliminare (salvo che per i lavori di manutenzione, per i quali, in considerazione della natura sostanzialmente necessitata degli stessi, è sufficiente l'indicazione degli interventi accompagnata dalla stima sommaria dei costi).

Tutti i suindicati documenti di programmazione devono essere resi pubblici prima della loro approvazione, in modo da consentire a chi ne abbia diritto ed interesse di intervenire nel processo decisionale relativo.

Ai sensi infine dell'art. 14<sup>-bis</sup> del Testo Unico cit., fatta eccezione solamente gli interventi urgenti ed indifferibili resisi necessari in conseguenza di eventi imprevedibili o calamitosi, non è consentito all'Amministrazione regionale di concedere finanziamenti a carico di fondi propri, o di cui abbia la gestione, in favore degli enti sopra individuati<sup>45</sup> per la realizzazione di opere pubbliche estranee ai programmi triennali approvati, così come quando la richiesta inoltrata dall'ente non rispetti l'ordine di priorità stabilito nel programma.

## **b) Definizione degli strumenti o documenti di progettazione necessari per l'espletamento della procedura e l'affidamento del contratto**

È senz'altro superfluo sottolineare come una determinata attività di progettazione rappresenti un presupposto ineludibile di qualsiasi intervento, indipendentemente dal settore di riferimento delle prestazioni acquisite.

Del resto è possibile immaginare contratti per l'acquisizione di servizi e forniture (si pensi ad un intervento di alta ingegneria informatica, che magari coinvolga una pluralità di enti beneficiari diversi) nel quale la progettazione di partenza assume necessariamente una rilevanza ed una consistenza notevoli, così come è altrettanto possibile immaginare contratti per la realizzazione di lavori (si pensi alla manutenzione ordinaria di un immobile) per i quali la dimensione progettuale iniziale può risultare particolarmente contenuta.

È però solamente nel campo dei lavori pubblici che l'attività di

progettazione trova una sua puntuale disciplina normativa, sia con riferimento alle caratteristiche dei diversi strumenti progettuali previsti, sia con riferimento alle modalità di affidamento degli incarichi di progettazione.

L'attività di progettazione nel campo dei lavori pubblici è essenzialmente regolata, per la Regione Sicilia, dall'art. 17 ("*Effettuazione delle attività di studio, progettazione, direzione dei lavori e accessorie*") e segg. della legge n. 109/1994, testo coordinato con le leggi regionali successive.

Trattando di materia non scevra di aspetti problematici, il competente Assessorato ai lavori pubblici siciliano è intervenuto almeno in due occasioni con importanti circolari interpretative, ed esattamente con la circolare in data 22 dicembre 2006 e più di recente con la circolare del 30 marzo 2007.

Il quadro che risulta da tali interventi, può essere sintetizzato come segue.

• ***Profilo soggettivo***

Innanzitutto, la gamma dei soggetti potenziali affidatari delle attività di progettazione di un intervento rientrante nel *genus* dei lavori pubblici - progettazione di livello sia preliminare, che definitivo, come anche esecutivo - conosce una fondamentale partizione fra quella che si potrebbe in prima approssimazione definire la soluzione pubblica e quella che si potrebbe definire la soluzione di mercato.

La prima soluzione, ovvero quella (in senso lato) pubblica, comprende al suo interno i seguenti soggetti:

- uffici tecnici delle stazioni appaltanti;
- uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori che i comuni, i rispettivi consorzi ed unioni, le aziende unità sanitarie locali, i consorzi, gli enti di industrializzazione e gli enti di bonifica possono costituire con le modalità di cui al d.lgs. n. 267/2000;
- organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole amministrazioni aggiudicatrici possono avvalersi per legge o per ordinanza (o il Genio civile per opere marittime e portuali).

***Chi si occupa della progettazione***

***A) soluzione pubblica***

***B) soluzione di mercato***

***A) soluzione pubblica***

La seconda soluzione, ovvero quella (in senso lato) di mercato, **B) soluzione di mercato** comprende invece al suo interno i seguenti potenziali affidatari:

- liberi professionisti singoli od associati;
- società di professionisti;
- società di ingegneria;
- raggruppamenti temporanei costituiti da questi ultimi soggetti;
- consorzi stabili di società di professionisti.

Gli studi e i progetti redatti dagli uffici o dagli organismi rientranti nella prima soluzione, sono firmati da dipendenti delle amministrazioni abilitati all'esercizio della professione. Tuttavia anche i tecnici diplomati, in assenza dell'abilitazione, potranno firmare i progetti, nei limiti previsti dagli ordinamenti professionali, qualora siano in servizio presso l'amministrazione aggiudicatrice, ovvero abbiano ricoperto analogo incarico presso un'altra amministrazione aggiudicatrice da almeno cinque anni e risultino inquadrati in un profilo professionale tecnico e abbiano svolto o collaborato ad attività di progettazione.

Nel caso in cui venga invece seguita la soluzione di mercato, indipendentemente dalla specifica tipologia e dalla natura giuridica del soggetto affidatario, l'incarico dovrà essere espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta o nella convenzione di incarico.

Per ragioni poi di trasparenza e *par condicio*, gli affidatari di incarichi di studio o progettazione non possono poi partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione. Ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi, inoltre, non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione.

***Gli affidatari di incarichi di progettazione o studi non possono partecipare agli appalti***

Per le medesime ragioni tali divieti sono anche estesi ai dipendenti del soggetto affidatario, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico ed ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti.

### • *Modalità per il conferimento dell'incarico*

*Modalità di conferimento di incarichi esterni*

Le modalità prescritte per il conferimento dell'incarico sono una variabile dipendente del valore dell'incarico stesso, secondo una progressione che conosce quattro fasce:

1. una prima fascia relativa agli incarichi per un valore inferiore a 20.000 euro;
2. una seconda fascia relativa agli incarichi per un valore pari o superiore a 20.000 euro ma inferiore a 100.000 euro;
3. una terza fascia relativa agli incarichi per un valore pari o superiore a 100.000 euro ma inferiore all'importo stabilito quale soglia di applicazione della normativa comunitaria in materia di servizi, ovvero attualmente 206.000 euro (per amministrazioni diverse dalle amministrazioni centrali dello Stato);
4. una quarta fascia relativa agli incarichi per un valore pari o superiore alla suddetta soglia di rilevanza comunitaria.

#### 1° fascia

Per gli affidamenti di servizi di progettazione compresi nella **fascia sotto i 20.000 euro**, secondo la già citata circolare assessoriale del 30 marzo 2007 (peraltro espressamente conseguente al parere reso in merito dall'Ufficio legislativo e legale della Presidenza della Regione in data 23 marzo 2007, n. 5396), qualora tali servizi risultino siano inclusi, con provvedimento dell'amministrazione, tra i servizi acquisibili in economia, essi potranno, anche alla luce della determinazione n. 4 del 29 marzo 2007 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, essere affidati in via diretta, appunto in **regime di servizi economia**, da parte degli organi competenti (per l'Amministrazione regionale dal Presidente della Regione o dall'Assessore regionale competente; per le altre amministrazioni od enti, dai rispettivi organi esecutivi), ex art. 125 del Codice dei contratti.

*Sotto i 20.000 €  
affidamenti in  
economia*

Vale comunque il limite di cui all'art. 17, comma 13, della legge n. 109/1994, testo coordinato, secondo cui in ogni caso ciascun ente non può affidare nel corso dell'anno solare allo stesso professionista incarichi fiduciari che cumulativamente eccedano l'importo di 100.000 euro, IVA esclusa.

*Attenzione  
limite annuale  
100.000€*

## 2° fascia

Per gli affidamenti di servizi di progettazione compresi nella fascia immediatamente superiore, ovvero quella relativa agli incarichi per un valore pari o **superiore a 20.000 euro ma inferiore a 100.000 euro**, IVA esclusa, le stazioni appaltanti possono procedere all'affidamento a professionisti singoli o associati di loro fiducia, ferma restando l'effettiva competenza nel settore, oggettivamente ricavabile dai curricula vitae, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza (art. 17, comma 11, l. 109/94, testo coordinato).

*Da 20.000 a  
100.000 €  
procedura  
negoziata*

Tale norma, così introdotta con la legge regionale n. 16 del 2005, ha profondamente innovato rispetto al sistema precedente, nel quale ancora era consentito che gli incarichi venissero affidati su base esclusivamente *fiduciaria*.

Sul punto ancora è intervenuto l'Assessorato regionale ai lavori pubblici con la cit. circolare del 22 dicembre 2006, nella quale, ribadito il superamento delle precedenti modalità solo fiduciarie, ha chiarito che in virtù del rinvio dinamico operato dall'art. 32 della legge regionale n. 7/2002 alla normativa statale di settore, i servizi di progettazione di importo stimato (IVA esclusa) inferiore a 100.000 euro devono essere affidati previo esperimento della procedura negoziata di cui agli artt. 91, comma 2, e 57, comma 6, del Codice dei contratti pubblici.

Si tratta quindi di procedura comparativa - conforme ai principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza - a cui devono essere invitati almeno cinque operatori, se sussistente un tale numero di aspiranti idonei.

## 3° fascia

Risalendo ulteriormente la china, per gli **incarichi di importo pari o superiore a 100.000 euro** ma ancora **inferiori alla soglia di applicazione della normativa comunitaria** in materia di affidamento di servizi, il 10° comma dell'art. 17 del Testo Unico regionale prevede l'esperimento di gare ad evidenza pubblica, disciplinate con apposito regolamento del Presidente della Regione.

*Da 100.000 a  
206.000  
procedura di  
evidenza  
pubblica*

Per gli incarichi compresi nella fascia di valore anzidetta, nelle more dell'adozione del predetto regolamento presidenziale, la circolare assessoriale del 22 dicembre 2006 più volte menzionata prevede <sup>46</sup> che siano prese a riferimento le corrispondenti norme statali (in

particolare, l'art. 62 del dpr. 554/1999 e l'art. 17, comma 11, della l. 109/94, così come modificato dalla l. 166/2002) e, di conseguenza, che tali incarichi siano affidati tramite licitazione privata o pubblico incanto.

#### **4° fascia**

Infine, per gli affidamenti compresi nella fascia più elevata, ovvero quella relativa agli **incarichi di importo superiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria**, si applicherà naturalmente la normativa comunitaria, nonchè, ex art. 32 legge regionale n. 7/2002, anche le disposizioni del Codice dei contratti pubblici relative all'affidamento di servizi di progettazione (art. 91) e di servizi in genere (parte II, titolo I e II).

*Da 206.000 ...  
Gara europea*

Circa il **contenuto** e le **caratteristiche** dei **piani di progettazione** rispettivamente **preliminare, definitiva ed esecutiva**, si rinvia - per non ripetersi - alle brevi note stese in merito nel precedente paragrafo X.2.

Naturalmente, il sistema disciplinare sopra per brevi cenni ricomposto relativamente ai servizi di progettazione vale anche per l'affidamento degli ulteriori servizi espressamente considerati al cit. art. 17 della l. 109/1994, ovvero le prestazioni relative:

- alle attività di studio, i rilievi e le indagini connesse;
- alla direzione dei lavori;
- alle funzioni dei responsabili della sicurezza;
- ai servizi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile unico del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale;
- in genere alle attività di cui alle categorie 11 e 12 dell'allegato 1A del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 (che trova ora il suo corrispondente nell'allegato IIA del d.lgs. 163/2006) comprese le prestazioni professionali dei geologi.

Di seguito si propone un sintetico schema riepilogativo delle quattro fasce di valore suindicate

<i>valore dell'incarico di progettazione *</i> <i>(importi in euro)</i>	<i>modalità di affidamento</i>	<i>normativa di riferimento</i>
inferiore a <b>20.000</b>	in regime di economia (a condizione che tali servizi risultino inclusi nell'elenco delle prestazioni da acquisirsi in economia adottato con provvedimento generale dai singoli enti o amministrazioni committenti)	art. 125 codice dei contratti pubblici; v.si anche circolare Assessorato regionale per i lavori pubblici del 30 marzo 2007
uguale o superiore a 20.000 e inferiore a <b>100.000</b>	procedura negoziata	art. 91, comma 2, e 57, comma 6, del Codice dei contratti pubblici
uguale o superiore a 100.00 e inferiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria (attualmente, 206.000)	gara ad evidenza pubblica	regolamento del Presidente delle Regione; nelle more dell'adozione dello stesso, art. 17, comma 11, legge 109/1994 e art. 62 dpr. 554/1999
superiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria (attualmente, 206.000)	gara europea	direttiva 18/2004 e codice dei contratti pubblici, nelle sezioni relative all'affidamento di servizi

\* N.B.: le medesime regole valgono anche quando si tratti di prestazioni relative:

- alle attività di studio, i rilievi e le indagini connesse;
- alla direzione dei lavori;
- alle funzioni dei responsabili della sicurezza;
- ai servizi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile unico del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale;

in genere alle attività di cui alle categorie 11 e 12 dell'allegato 1A del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 (che trova ora il suo corrispondente nell'allegato IIA del d.lgs. 163/2006) comprese le prestazioni professionali dei geologi



Peraltro la materia dei servizi di progettazione si interseca con quella dei cd. concorsi di progettazione, in quanto anche questi ultimi finalizzati a procurare all'amministrazione strumenti di progettazione, di norma al livello di progetto preliminare. Sul punto, v.si comunque il successivo paragrafo XIII.1

---

<sup>47</sup> Ovvero dell'impossibilità di individuare requisiti di partecipazione di specie o ad un livello che non risulti giustificato dalle caratteristiche del contratto in affidamento.

<sup>48</sup> Trattasi esattamente delle disposizioni di cui; all'art. 8, comma 1, lett. d, l, m e q; all'art. 8, comma 3, lett. c; e all'art. 8, comma 6.

<sup>49</sup> Segnatamente, "oltre a svolgere i compiti espressamente previsti da altre norme, l'Autorità:

- a) vigila sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare vigente, verificando, anche con indagini campionarie, la regolarità delle procedure di affidamento;
- b) vigila sui contratti di lavori, servizi, forniture, esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del presente codice, verificando, con riferimento alle concrete fattispecie contrattuali, la legittimità della sottrazione al presente codice e il rispetto dei principi relativi ai contratti esclusi;
- c) vigila affinché sia assicurata l'economicità di esecuzione dei contratti pubblici;
- d) accerta che dall'esecuzione dei contratti non sia derivato pregiudizio per il pubblico erario;
- e) segnala al Governo e al Parlamento, con apposita comunicazione, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa sui contratti pubblici;
- f) formula al Governo proposte in ordine alle modifiche occorrenti in relazione alla legislazione che disciplina i contratti pubblici di lavori, servizi, forniture;
- g) formula al Ministro delle infrastrutture proposte per la revisione del regolamento;
- h) predispose e invia al Governo e al Parlamento una relazione annuale nella quale si evidenziano le disfunzioni riscontrate nel settore dei contratti pubblici con particolare riferimento:
  - h.1) alla frequenza del ricorso a procedure non concorsuali;
  - h.2) alla inadeguatezza della pubblicità degli atti;
  - h.3) allo scostamento dai costi standardizzati di cui all'articolo 7;
  - h.4) alla frequenza del ricorso a sospensioni dell'esecuzione o a varianti in corso di esecuzione;
  - h.5) al mancato o tardivo adempimento degli obblighi nei confronti dei concessionari e degli appaltatori;
  - h.6) allo sviluppo anomalo del contenzioso;
- i) sovrintende all'attività dell'Osservatorio di cui all'articolo 7;
- l) esercita i poteri sanzionatori ad essa attribuiti;
- m) vigila sul sistema di qualificazione, con le modalità stabilite dal regolamento di cui all'[articolo 5](#); nell'esercizio di tale vigilanza l'Autorità può annullare, in caso di constatata inerzia degli organismi di attestazione, le attestazioni rilasciate in difetto dei presupposti stabiliti dalle norme vigenti, nonché sospendere, in via cautelare, dette attestazioni;
- n) su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione; si applica l'articolo 1, comma 67, terzo periodo, della legge 23 dicembre 2005, n. 266;
- o) svolge i compiti previsti dall'articolo 1, comma 67, legge 23 dicembre 2005, n. 266."

<sup>50</sup> E più precisamente all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali dell'Unione Europea.

<sup>51</sup> Peraltro, l'allegato VIII, punto 3, della Direttiva informa semplicemente che "la forma e le modalità di trasmissione di bandi e avvisi per via elettronica, sono accessibili all'indirizzo Internet: <http://simap.eu.int>".

<sup>52</sup> Peraltro, nemmeno a dirlo, il Codice dei contratti, detta, sul punto, disposizioni esattamente corrispondenti.

<sup>53</sup> In ordine alla individuazione dei quotidiani e periodici rispondenti a tale previsione, v.si la

### c) Delibera o determina a contrarre

A' termini dell'art. 11 del Codice dei contratti pubblici, "*prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte*".

*Avvio delle  
procedure di gara*

I tratti essenziali di tale atto o provvedimento sono già stati ricostruiti nel capitolo precedente, al quale dunque si rimanda. Qui mette conto di tornare ancora brevemente su tale adempimento in una prospettiva maggiormente dinamica, ovvero quale momento di passaggio obbligato della procedura di affidamento.

Innanzitutto, vale la pena osservare come la stessa formula impiegata nel Codice - fermi il contenuto fondamentale e la funzione - rimandi agli ordinamenti dei singoli enti o amministrazioni aggiudicatrici per l'effettiva conformazione e denominazione del provvedimento, così come per l'individuazione dell'organo chiamato ad assumere il medesimo.

Ciò, in quanto tali aspetti sono evidentemente condizionati da profili organizzativi ed ordinamentali interni, così da non risultarne possibile o quantomeno opportuna una definizione rigida valevole, in via indifferenziata, per il variegato arcipelago di soggetti tenuti

---

Circolare 24.06.2005 dell'Assessorato regionale dei lavori pubblici, pubblicata sulla GURS dell'8 luglio 2005.

<sup>54</sup> V.si nota precedente.

<sup>55</sup> V.si note precedenti.

<sup>56</sup> Circa le modalità di trasmissione per via telematica dei dati relativi agli appalti di lavori pubblici all'Osservatorio regionale, v.si Decreto dell'assessore ai lavori pubblici n° 84-2005.

<sup>57</sup> Laddove per carattere suppletivo o cedevole si intende, sostanzialmente, l'attitudine a spiegare efficacia solo in mancanza di diversa regolamentazione ad opera del legislatore regionale.

<sup>58</sup> È difficile infatti immaginare che con la formula "*e successive modifiche ed integrazioni*" impiegata nelle dette disposizioni di rinvio il Legislatore regionale abbia inteso disporre il recepimento automatico di ogni norma successivamente introdotta nell'ordinamento nazionale purchè all'interno di strumenti normativi sostitutivi di quelli espressamente menzionati in sede di rinvio.

<sup>59</sup> Così, a seguito dell'ultima modifica apportata con la legge regionale n. 20/2007.

<sup>60</sup> Si tratta del cd. *taglio delle ali*, volto, specialmente, a contrastare il fenomeno della presentazione di offerte solo strumentali, ovvero finalizzate semplicemente a sospendere in una determinata direzione la media delle offerte in gara.

<sup>61</sup> Ai sensi del 4° dell'art. 86, comunque, tale criterio automatico si applica tuttavia solo quando il numero delle offerte è almeno pari a 5. Quando non viene raggiunto tale numero, la rilevazione del carattere anormalmente basso avviene su basi tecnico-discrezionali, senza vincoli prefissati di sorta.

<sup>62</sup> Oltre naturalmente ad altro.

<sup>63</sup> Trattasi peraltro di ulteriore esempio di formulazione in forma di norma positiva, ad opera dell'estensore del Codice, di principio già precedentemente consolidato in sede giurisprudenziale.

all'applicazione del Codice.

Va detto inoltre che, secondo una prassi abbondantemente diffusa, con la delibera o determinazione a contrarre vengono anche approvati gli schemi degli atti della procedura espletanda, coi i rispettivi eventuali allegati, compresi eventualmente quelli di genere progettuale.

In questo modo, anche oltre la surriportata previsione del Codice dei contratti, con la determina a contrarre viene di fatto definito ogni elemento della procedura da espletarsi, per l'avvio della quale resterà semplicemente necessario, in questa ipotesi, provvedere agli adempimenti obbligatori verso l'Autorità di Vigilanza per i contratti pubblici (v.si appresso) e soprattutto alle misure di diffusione e pubblicazione del bando di gara stabilite per la singola procedura indicanda.

É in questa fase, in ogni caso, che viene una volta per tutte individuato il *tipo* procedurale (procedura aperta, ristretta, negoziata, dialogo competitivo, etc,) attraverso cui verrà selezionato l'affidatario del contratto, nonché il metodo stesso di aggiudicazione (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa).

Quando si tratti di procedure che non prevedano la pubblicazione di bando di gara, fermi rimanendo gli obblighi verso l'Autorità di vigilanza, il passo successivo potrà direttamente consistere nell'inoltro della lettera o delle lettere di invito ad offrire e/o negoziare.

#### **d) Definizione degli atti di gara**

Portate a compimento le attività di programmazione e progettazione dell'intervento, occorre provvedere alla definizione dei contenuti dei distinti atti destinati a comporre il quadro disciplinare della procedura, ovvero quantomeno bando, disciplinare a capitolato speciale, secondo la formula procedimentale delle procedure aperte, oppure quantomeno bando, disciplinare, lettera di invito e capitolato, secondo la formula procedimentale delle procedure ristrette, del dialogo competitivo e delle procedure negoziate che prevedano la previa pubblicazione di un bando.

Ovviamente, elementi essenziali di tali atti sono i cosiddetti allegati tecnici, laddove previsti (ad es. gli strumenti di progettazione o anche lo schema di contratto), che in genere conseguono la loro definitiva

consacrazione proprio in concomitanza dell'adozione degli atti di gara, dei quali costituiscono di norma parte integrante.

Per quanto sopra osservato, a seconda del momento di intervento della determina o delibera a contrarre, il processo di definizione degli atti di gara potrà prevedere o anche seguire quest'ultima, ferma rimanendo la fondamentale coerenza che deve evidentemente sussistere fra questa e quelli.

Alla funzione ed alle caratteristiche essenziali dei sunnominati atti di gara già è stato fatto cenno nei precedenti paragrafi X.1 e X.2.

Nella prospettiva del presente capitolo basterà sottolineare che, una volta definito l'oggetto e le caratteristiche delle prestazioni in affidamento, la stazione appaltante è chiamata, al fine di pervenire all'adozione degli atti di gara in senso stretto, a procedere secondo un percorso logico che conosce almeno due direttrici:

- la prima delle quali relativa alla determinazione degli strumenti finalizzati a selezionare i soggetti potenzialmente idonei all'affidamento dell'incarico;
- la seconda delle quali relativa alla determinazione degli strumenti finalizzati alla individuazione, fra tutte quelle presentate, dell'offerta maggiormente conveniente per l'amministrazione.

Per la prima direttrice (strumenti per la selezione o prequalificazione dei concorrenti), possono individuarsi i seguenti passaggi essenziali:

*Elementi per la  
selezione dei  
concorrenti  
o  
prequalificazione*

- sulla base dell'oggetto e delle specifiche di intervento, vengono individuate le **caratteristiche minime**, in termini di capacità giuridica e soprattutto di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnica, dell'operatore tipo in grado di fornire le prestazioni richieste, conto tenuto, salvo altro, del principio di proporzionalità <sup>47</sup>;
- vengono quindi individuati, in conformità alle previsioni di riferimento (ad es., nel caso di servizi e forniture nei settori ordinari: artt. 38, 39, 41 e 42 del Codice dei contratti pubblici), gli **elementi di fatto** da cui desumere - in particolare per i requisiti speciali, ovvero quelli attinenti alla capacità economico-finanziaria ed alla capacità tecnica - il possesso nei concorrenti dei requisiti di capacità stabiliti (es.: fatturato globale negli ultimi tre esercizi, per quanto concerne la capacità economico-finanziaria);
- vengono quindi individuate le **modalità** attraverso cui è

richiesto ai concorrenti di comprovare il possesso dei requisiti come sopra determinati (es.: dichiarazione sostitutiva di atto notorio, ex art. 47 dpr 445/2000).

Per la seconda direttrice (strumenti per l'individuazione della migliore offerta) possono invece individuarsi i seguenti passaggi logici principali:

*Elementi per la  
selezione della  
migliore offerta*

- individuazione degli elementi tecnici in grado di fornire un vantaggio preferenziale di una offerta rispetto ad un'altra (es.: anticipo del termine finale di esecuzione);
- ponderazione del peso relativo specifico di ciascuno degli elementi come sopra individuati (es.: 2/100 del punteggio assegnabile in ragione dell'offerta tecnica);
- individuazione della formula di calcolo attraverso cui tradurre in punti gara il prezzo offerto dai concorrenti.

Naturalmente, i passaggi suindicati si riferiscono all'ipotesi di procedura da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nell'ipotesi in cui la procedura debba aggiudicarsi attraverso il metodo del prezzo più basso, invece, da una parte non vi sarà spazio per l'individuazione di criteri di valutazione di tipo tecnico e dall'altra non sarà necessario alcun dispositivo per la traduzione in punti gara dei prezzi offerti, in quanto il confronto avverrà direttamente fra questi ultimi (v.si, in merito, il precedente paragrafo IX.2).

Nelle procedure negoziate che non prevedano nè la previa pubblicazione di un bando di gara, nè l'esperimento di una procedura comparativa fra più offerte (come ad esempio il caso dell'affidamento di servizi complementari, di cui all'art. 57, comma 5, lett. a] del Codice dei contratti pubblici) ovviamente l'affidamento del contratto per via diretta è basato su un percorso logico-giuridico del tutto diverso, all'interno del quale non troveranno evidentemente spazio strumenti di qualificazione speciale o di valutazione preferenziale delle offerte, uno solo essendo il candidato all'affidamento.

#### **e) Nomina del RUP (Responsabile Unico del Procedimento)**

*Il RUP  
Riferimenti  
normativi*

Come è noto, il responsabile del procedimento è un istituto introdotto in via generale con legge n. 241 del 7 agosto 1990 ("Nuove norme in

*La L.241/90*

*materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*).

Da tempo peraltro tale istituto ad applicazione generale è stato in via esplicita tradotto - con ampie e significative specifiche - nel sistema normativo relativo alle procedure per l'affidamento e la realizzazione di contratti pubblici.

Già la legge quadro, nazionale, in materia di lavori pubblici, vale a dire la legge n. 109/1994, prevedeva infatti all'art. 7 la nomina di un responsabile unico per le fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione di interventi compresi nel programma triennale di lavori pubblici.

**L. 109/94 art. 7**

Con il Codice dei contratti pubblici il Legislatore nazionale - senza che peraltro ciò fosse configurabile come obbligo in attuazione delle Direttive Appalti, che nulla prevedono a riguardo - ha inteso tornare su questa figura, compiendo una operazione per la verità analoga a quelle compiuta per molti altri istituti del sistema, ovvero la sostanziale estensione anche ai settori dei servizi e delle forniture di microsistemi disciplinari prima applicabili solo in caso di contratti per l'affidamento di lavori pubblici.

Si tratta dunque, a ben vedere, di una operazione del tutto coerente con uno dei principi ispiratori fondamentali del Codice, ovvero l'obiettivo di disegnare una disciplina il più possibile comune per tutti i contratti pubblici, a prescindere dallo specifico settore di riferimento.

Dispone in particolare il primo comma dell'art. 10 del Codice dei contratti che per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici nominino, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, un responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione.

**Art. 10 Codice dei Contratti**

Rispetto all'ordinamento previgente, due sembrano essere le principali novità:

- ◆ l'aver sottolineato in via espressa che trattasi di figura speciale della figura generale prevista dalla cit. legge n. 241/1990;
- ◆ l'aver stabilito l'obbligatorietà di tale figura indipendentemente, come detto, dal settore di riferimento dell'operazione.

Quanto ai compiti generali del responsabile unico del procedimento, cd. RUP, lo stesso art. 10 del Codice ne fornisce una definizione di

carattere generale e quindi una elencazione più specifica (di genere, tuttavia, evidentemente non tassativo).

Secondo la definizione di carattere generale, il RUP è chiamato a svolgere tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previsti dal Codice (ivi comprese le procedure di affidamento in regime di economia) e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, alla sola condizione che si tratti di atti diversi da quelli specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti.

Si tratta di una norma di chiusura di estremo rilievo, che incardina in capo al RUP una sorta di responsabilità sussidiaria per ogni atto o compito interno al procedimento, ferme naturalmente rimanendo le specifiche competenze attribuite per legge o regolamento,

Quanto ai compiti specifici, oltre quelli risultanti da disposizioni speciali del Codice, il responsabile del procedimento avrà il seguente mandato:

***Ulteriori compiti  
del RUP***

- formulare proposte e fornire dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture, e della predisposizione dell'avviso di preinformazione;
- curare, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi;
- curare il corretto e razionale svolgimento delle procedure;
- segnalare eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi;
- accertare la libera disponibilità di aree e immobili necessari; fornire all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per le attività di sua competenza
- proporre all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti;
- proporre l'indizione, o, ove competente, indice la conferenza di servizi, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Oltre a questi, è previsto che il regolamento esecutivo e di attuazione Codice individui eventuali altri compiti del responsabile del procedimento, coordinando con essi i compiti delle altre figure chiave

dell'operazione (direttore dell'esecuzione del contratto e del direttore dei lavori, coordinatori in materia di salute e di sicurezza)

Seppure si tratta di compiti che si inseriscono nel tradizione solco funzionale tracciato dalla legge n. 241/1990, secondo cui al responsabile del procedimento sono essenzialmente affidati compiti di **coordinamento, indirizzo e controllo**, il quadro generale risultante dal sopra descritto *mansionario* individua indubbiamente un ruolo di assoluto rilievo del RUP nell'ambito dell'operazione, ruolo che sarebbe sicuramente riduttivo relegare al solo ambito istruttorio e preparatorio.

Per quanto invece riguarda i **soggetti che possono ricevere la nomina a RUP** a' norma del Codice dei contratti pubblici, tre notazioni almeno sono utili:

*I requisiti per essere nominati RUP*

- in ogni caso, deve trattarsi di soggetto in possesso di titolo di studio e competenza adeguati in relazione ai compiti per cui è nominato (tenuto conto, naturalmente, delle caratteristiche del contratto in affidamento);
- mentre per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura deve essere un tecnico in possesso delle necessarie abilitazioni, ciò non è richiesto per il caso di servizi diversi e per le forniture, quale che sia il livello di complessità dell'operazione, e potrà quindi essere anche soggetto di profilo amministrativo;
- per le amministrazioni aggiudicatrici deve essere, di norma, un dipendente di ruolo, mentre solo in caso accertata carenza di dipendenti di ruolo in possesso di professionalità adeguate, le amministrazioni aggiudicatrici nominano il responsabile del procedimento tra i propri dipendenti in servizio anche non di ruolo (vale a dire, con contratto a tempo determinato).

*Titolo di studio e competenza*

*Profilo:  
Tecnico abilitato o amministrativo*

*Dipendente di ruolo dell'amm,ne (solo in mancanza dipendenti a tempo determinato)*

Riguardo la realizzazione di **lavori pubblici nella Regione Sicilia**, il quadro normativo di essenziale riferimento in merito (stando alla ricostruzione circa l'efficacia del Codice dei contratti nelle Regione operata con la più volte menzionata Circolare assessoriale del 18 settembre 2006) risulta attualmente provenire dall'art. 7 della legge n. 109/1994, testo coordinato.

*In Sicilia*

*Riferimento normativo*

*Art. 7 L. 109/94 L.R. n. 7/2002*

Peraltro, in quanto l'art. 10 del Codice dei contratti in sostanza



riproduce, per quanto concerne i lavori pubblici, il vecchio testo della legge nazionale n. 109/1994, vale a dire il testo normativo successivamente recepito con la legge regionale n. 7/2002, la sopra richiamata disciplina del Codice e quella del Testo Unico regionale appaiono, in merito, fundamentalmente consonanti.

Va detto inoltre che detto Testo Unico richiama a più riprese le disposizioni del regolamento attuativo, ovvero quello recato dal dpr. n. 554/1999 (destinato, peraltro, in ambito nazionale, a perdere ogni residua efficacia con l'entrata in vigore del nuovo regolamento generale), il quale agli artt. 7 ed 8 fornisce numerose ulteriori specifiche circa i compiti affidati al RUP e le relative modalità di espletamento.

Sulla base comunque delle disposizioni di rinvio contenute nella legge regionale n. 7/2002, nonché di apposita circolare applicativa diramata in data 24 ottobre 2002 dall'Assessorato regionale per i lavori pubblici, alcune specifiche parti (di rilievo peraltro sicuramente centrale) del cit. art. 8 del cit. dpr. 554/1994 non trovano applicazione nella Regione <sup>48</sup>, in quanto non recepite o comunque incompatibili.

Sotto il profilo poi della responsabilità della nomina del RUP, in una recente circolare del medesimo Assessorato regionale (datata 19 febbraio 2007, in GURS 2 marzo 2007) è stato chiarito, in conformità ad apposito parere reso dall'Ufficio legislativo e legale della Presidenza della Regione, che tale responsabilità è demandata agli organi amministrativi delle stazioni appaltanti e non invece agli organi aventi natura politica.

Sul piano generale, infine, vale la pena osservare come la nozione abbastanza diffusa secondo cui il RUP accompagna il procedimento dalla pubblicazione del bando in avanti non appare corretta.

In effetti, invece, la figura del RUP, nell'ambito del contesto operativo oggetto del presente vademecum breve, è depositaria, come visto, di precisi compiti anche antecedentemente all'avvio del procedimento di selezione in senso stretto, vale a dire già nelle fasi di gestazione dell'intervento, e più esattamente rispetto alle attività di programmazione e progettazione dell'intervento stesso.

Ciò evidentemente non toglie che il nominativo del responsabile del procedimento debba, quale adempimento essenziale, essere indicato all'interno del bando di gara.

***I compiti del RUP  
sono anche  
antecedenti  
l'avvio del  
procedimento***

**f) Adempimenti, propedeutici all'espletamento della procedura, nei confronti dell'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici**

L'art. 4 della legge dello Stato n. 109/1994, ora abrogata dal d.lgs. n. 163/2006, istituiva e disciplinava l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con sede in Roma.

Con il Codice dei contratti pubblici tale organo è stato ridenominato (cfr. art. 6 del Codice, comma 1) *Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in quanto le competenze di tale Autorità sono state estese sino a comprendere anche i contratti per la fornitura di beni e/o servizi.

La funzione essenziale dell'Autorità è descritta al comma 5 del cit. art. 6 del Codice, secondo il quale l'Autorità vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali (nonché, con alcuni limiti, sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del Codice, al fine di garantire l'osservanza dei principi base di cui all'[articolo 2 del Codice stesso](#) ed in particolare:

- il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente;
- il rispetto del principio di economica ed efficiente esecuzione dei contratti;
- il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara.

In questo ambito, i compiti di tale nuovo soggetto sono esattamente elencati all'art. 6, comma 7, del Codice <sup>49</sup>.

In sostanza, a parte le funzioni di relazione e segnalazione a Governo e Parlamento, possono essere individuati due filoni fondamentali di compiti: quelli attinenti propriamente all'area della vigilanza e quelli ascrivibili invece all'area consultiva o precontenziosa.

I compiti rientranti nella funzione di vigilanza sono ovviamente quelli maggiormente connotativi del ruolo dell'Autorità nel sistema.

All'interno di tali compiti è possibile distinguere fra quelli inerenti la vigilanza sulle operazioni contrattuali (che concerne in particolare l'attività dei committenti), tanto con riferimento alla fase di affidamento dei contratti come alla fase di esecuzione degli stessi, e quegli altri invece inerenti il sistema di qualificazione dei lavori pubblici.

*Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*

*Compiti dell'Autorità*

Quest'ultima direttrice di intervento, nell'ambito della quale l'Autorità possiede anche significativi poteri sanzionatori, si articola poi nella direzione del controllo degli organismi (SOA) preposti al rilascio della attestazioni e nella direzione del controllo delle stesse attestazioni dai primi rilasciate.

**Area di vigilanza**

Se i compiti relativi all'area della vigilanza erano già immanenti nel sistema precedente, i compiti rientranti nella funzione consultiva e precontenziosa rappresentano invece una novità sostanziale.

**Area consultiva o precontenziosa**

Si tratta in concreto di un dispositivo procedurale - regolato all'art. 6, comma 7, lett. n), del Codice - in base al quale su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'Autorità viene chiamata a rendere un parere, non vincolante, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione.

**Pareri non vincolanti**

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 248 del 24 Ottobre 2006 è stato pubblicato il regolamento, adottato dalla medesima Autorità, "sul procedimento per la soluzione delle controversie, ai sensi dell'articolo 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163".

Ai sensi del successivo art. 7 del Codice, nell'ambito dell'Autorità di vigilanza è poi costituito l'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, composto da una sezione centrale e da sezioni regionali, affidatario di compiti diversi, esattamente elencati al comma 4 di tale articolo, fra i quali certamente spiccano quelli di monitoraggio delle procedure e quelli di determinazione dei cd. costi standardizzati.

**L'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture**

Ai sensi dell'art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, l'Autorità, (a cui è riconosciuta autonomia organizzativa e finanziaria) provvede alla copertura dei propri costi di funzionamento attraverso specifiche contribuzioni ad essa dovute dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza, l'ammontare delle quali viene dalla medesima Autorità annualmente determinato.

Tale ultima notazione riporta alla questione degli adempimenti verso l'Autorità cui sono tenute le amministrazioni o gli enti procedenti che intendono avviare una procedura finalizzata alla realizzazione di lavori o opere pubbliche ovvero all'acquisizione di servizi e forniture.

**Adempimenti verso l'Autorità**

Si tratta, in estrema sintesi, di questo:

- devono essere individuati uno o più dipendenti (responsabile/i SIMOG stazione appaltante - RSSA) che procedono alla

richiesta di accreditamento presso il sistema utilizzando le funzionalità di anagrafe dell'Autorità all'indirizzo <https://anagrafe.avlp.it>;

- il responsabile così individuato si connette al Sistema Informativo di Monitoraggio delle Gare (SIMOG), sul sito dell'Autorità all'indirizzo <http://www.autoritalavoripubblici.it>;
- il SIMOG attribuisce alla procedura inserita nel sistema dal RSSA un codice identificativo, denominato CIG, e determina (sulla base dei parametri dall'Autorità annualmente stabiliti) l'importo della contribuzione a carico della stazione appaltante e quello a carico dei partecipanti;
- la stazione appaltante è tenuta a riportare il CIG nel primo atto della procedura, ovvero, a seconda dei casi, il bando, l'avviso, la lettera di invito e la richiesta di offerta;
- entro trenta giorni dal momento dell'attribuzione, da parte dell'Autorità, del suddetto CIG, l'amministrazione deve provvedere al pagamento della contribuzione di sua competenza, secondo le modalità stabilite;
- all'atto del controllo della sussistenza, in capo ai partecipanti alla procedura, delle condizioni di partecipazione alla medesima, deve verificare anche il corretto pagamento da parte dei questi ultimi della contribuzione di loro competenza, escludendo tutti quelli per cui tale verifica dovesse dare esito negativo.

***Obbligo di contribuzione***

Non soggiacciono peraltro agli obblighi di contribuzione sopra richiamati i contratti il cui importo a base d'asta sia inferiore a 150.000 euro, per i quali deve comunque procedersi all'inserimento nel SIMOG quando si tratti di contratti di importo a base d'asta:

- pari o superiore a 20.000 euro, in caso di forniture e/o servizi;
- pari o superiore a 40.000 euro, in caso di lavori.

***Contribuzione non dovuta quando l'importo a base d'asta è inferiore a 150.000€***

Secondo un meccanismo necessariamente diverso (quota percentuale dell'ultimo bilancio approvato) sono infine previste contribuzioni anche a carico degli organismi di attestazione a cui è demandata la qualificazione delle imprese nel settore dei lavori pubblici.

Il sistema sopra per brevi cenni richiamato è operativo anche nella

## **Regione Sicilia.**

Con specifico riferimento ai lavori pubblici, il testo unico per gli appalti di lavori in Sicilia (legge n. 109/1994, testo recepito e coordinato) prevede appunto, all'art. 4, commi 19 e 20, che "l'*Autorità opera nel territorio della Regione*" e che per consentire l'assolvimento da parte della stessa dei compiti e delle funzioni propri di essa l'Assessore regionale per i lavori pubblici è autorizzato a stipulare con la medesima Autorità apposita convenzione.

*In Sicilia è operativo il sistema dell'Autorità e dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*

Tale convenzione è stata effettivamente stipulata in data 12 maggio 2003 e quindi approvata con decreto assessoriale del 3 giugno dello stesso anno.

Al medesimo art. 4 della legge n. 109/1994, testo coordinato, è poi istituito l'*Osservatorio regionale dei lavori pubblici*, quale ufficio speciale posto alle dirette dipendenze dell'Assessore regionale per i lavori pubblici.

Definito quale strumento tecnico-gestionale della Regione per lo svolgimento delle attività e dei compiti previsti dal Testo Unico, all'Osservatorio regionale compete in via generale la raccolta - con corrispondenti obblighi di comunicazione in capo alle stazioni appaltanti - delle informazioni relative all'intero ciclo di realizzazione dei lavori pubblici, in particolare in ordine alle fasi di programmazione, esperimento della gara, affidamento del contratto, nonché di esecuzione, collaudo e gestione del contratto stesso.

I compiti specifici di tale Osservatorio sono comunque quelli elencati ai commi da 23 a 26 del cit. art. 4 della legge n. 109/1994, testo coordinato.

## **g) Adempimenti in materia di pubblicità dei bandi di gara**

Riguardo le modalità di pubblicazione dei bandi ed avvisi di gara, nonché i termini di ricezione di domande ed offerte, le disposizioni della Direttiva Unica di principale riferimento sono posta all'art. 36 ("*Redazione e modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi*") ed all'art. 38 ("*Termini di ricezione delle domande di partecipazione e di ricezione delle offerte*"), mentre le corrispondenti disposizioni del Codice dei contratti sono all'art. 66 ("*Modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi*") e 70 ("*Termini di ricezione delle domande di partecipazione e di ricezione delle offerte*"),

*le modalità di pubblicazione dei bandi ed avvisi di gara*

*disposizioni comunitare autoesecutive in tema di pubblicità*

In merito, con riferimento alla Regione Sicilia, mentre non è controversa l'applicazione delle disposizioni contenute nella Direttiva,

in quanto evidentemente di natura autoesecutiva, l'applicazione delle disposizioni del Codice in quanto tali non dovrebbero trovare applicazione in via diretta (vale a dire, salvo eventuali obblighi di adeguamento), stando quantomeno alla ricostruzione operata dall'Amministrazione regionale con la nota Circolare assessoriale del 18 settembre 2006, ripresa e commentata nel primo capitolo del presente elaborato.

In vece delle disposizioni del Codice dovrebbero infatti applicarsi, in quanto tali, le disposizioni speciali adottate dal Legislatore regionale.

Trattasi quindi di un quadro piuttosto complesso ed articolato, il quale trova comunque un unico comune denominatore nel sistema disciplinare posto dalla Direttiva Unica, valevole, ovviamente, per **contratti di importo stimato superiore alla soglia di rilevanza comunitaria** (v.si *ante*, capitolo II).

Dai tratti essenziali di questa disciplina comune conviene quindi muovere.

#### **Riguardo le modalità di pubblicazione:**

- > i bandi e gli avvisi contengono le informazioni indicate nell'allegato VII A della Direttiva (nonchè, se del caso, ogni altra informazione ritenuta utile dall'amministrazione aggiudicatrice), secondo il formato dei modelli di formulari adottati dalla Commissione;
- > le amministrazioni aggiudicatrici trasmettono i bandi e gli avvisi alla Commissione <sup>50</sup>, di regola, per via elettronica, secondo il formato e le modalità di trasmissione precisate nell'allegato VIII, punto 3, della Direttiva<sup>51</sup> (ma non è esclusa la trasmissione con mezzi diversi, come ad esempio il fax);
- > i bandi e gli avvisi redatti e trasmessi per via elettronica sono pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea entro cinque giorni dalla trasmissione, mentre quelli trasmessi con mezzi diversi sono pubblicati entro dodici giorni dal loro invio;
- > gli avvisi e i bandi, nonché il loro contenuto, non possono essere pubblicati a livello nazionale prima della data della loro trasmissione alla Commissione;
- > gli avvisi e i bandi pubblicati a livello nazionale non devono contenere informazioni diverse da quelle contenute negli avvisi

***Le modalità di pubblicazione***

o bandi trasmessi alla Commissione;

- > il contenuto dei soli avvisi o bandi non trasmessi per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisate nell'allegato VIII, punto 3, è limitato a 650 parole circa.

### **Riguardo i termini**

***Termini di pubblicazione sulla Gazzetta europea indipendente dal settore di riferimento***

- > per principio generale, innanzitutto, i termini per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione devono risultare coerenti rispetto alla complessità dell'appalto ed al tempo conseguentemente necessario per la predisposizione delle stesse;

- > fermo quanto sopra, valgono, in ogni caso, i seguenti termini minimi *ordinari*:

**Termini ordinari**

***procedure aperte  
52 gg dalla  
trasmissione***

- per le procedure aperte, il termine minimo per la ricezione delle offerte è di 52 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara;

***procedure ristrette e negoziate con pubblicazione di bando e dialogo competitivo  
37 giorni dalla  
trasmissione***

- per le procedure ristrette e le procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara e per il dialogo competitivo, il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di 37 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara;

- nelle procedure ristrette il termine minimo per la ricezione delle offerte è di 40 giorni dalla data dell'invio dell'invito;

***Procedure ristrette 40 giorni dall'invio dell'invito***

- > sono previsti poi i seguenti termini *ridotti*:

- nei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici abbiano pubblicato un avviso di preinformazione (inviato per la pubblicazione non meno di 52 giorni e non oltre 12 mesi prima della data di trasmissione del bando di gara), il termine minimo per la ricezione delle offerte, può essere ridotto, di norma, a 36 giorni e comunque mai a meno di 22 giorni (tale termine decorre dalla data di trasmissione del bando nelle procedure aperte e dalla data di invio dell'invito a presentare un'offerta nelle procedure ristrette);

**Termini ridotti:**

***Preinformazione  
36 o 22 giorni  
dalla  
trasmissione***

- qualora i bandi siano redatti e trasmessi per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione stabiliti, i sopraindicati termini per la ricezione delle offerte o per la ricezione delle domande di partecipazione possono essere ridotti di sette giorni;
- qualora inoltre l'amministrazione aggiudicatrice offra, per via elettronica e a decorrere dalla pubblicazione del bando, l'accesso libero, diretto e completo al capitolato d'onere e ad ogni documento complementare precisando nel testo del bando l'indirizzo Internet presso il quale tale documentazione è accessibile, consentita una riduzione di cinque giorni dei termini per la ricezione delle offerte (tuttavia espressamente non cumulabile con la riduzione, di cui al capoverso precedente, giustificata dalla trasmissione per via elettronica);
 

***Se trasmissione in via elettronica riduzione di 7 gg***
- nelle procedure ristrette e nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, quando l'urgenza renda impossibile rispettare i termini minimi sopra richiamati, le amministrazioni aggiudicatrici possono stabilire i seguenti termini *ulteriormente ridotti* (che danno luogo alla cd. *procedure accelerate*):
 

***Reperibilità on line di tutta la documentazione di gara e complementare riduzione di 5 gg non cumulabile con la precedente di 7 gg***
- un termine per la ricezione delle domande di partecipazione, non inferiore a 15 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o a 10 giorni se il bando è trasmesso per via elettronica;
 

***Termini ulteriormente ridotti Le cd. procedure accelerate***
- nonchè, nelle procedure ristrette, un termine per la ricezione delle offerte, non inferiore a 10 giorni dalla data di trasmissione dell'invito a presentare offerte.

Quanto sopra, come detto, vale relativamente alle modalità di pubblicazione di bandi e avvisi sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, le quali valgono per tutti i contratti di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria, indipendentemente dal settore di riferimento<sup>52</sup>.

Fermo questo tratto comune, per ogni altra modalità od ipotesi occorre invece differenziare in ragione del settore di insidenza del contratto.



Per quanto concerne i **contratti per la fornitura di beni o servizi**, la norma fondamentale è posta all'art. 35 della legge regionale n. 7/2002, ritenuta prevalente, in quanto norma a carattere speciale, sul generale rinvio posto agli artt. 31 e 32 della legge medesima alle norme statali di settore (rappresentate, attualmente, dal Codice dei contratti).

L'art. 35 cit. pone in sostanza, fatta espressamente salva l'applicazione delle disposizioni concernenti la pubblicazione nella Gazzetta europea, le seguenti regole:

**La pubblicità nel settore dei servizi e forniture**  
*Ex art.35L.R. e 31-32 Codice dei contratti*

- ◆ nel caso di contratti di importo stimato pari o inferiore a 100.00 euro di gara viene data pubblicità attraverso la pubblicazione nell'albo degli enti ove ha sede la stazione appaltante (cd. *albo pretorio*);
- ◆ nel caso di contratti di importo stimato superiore a 100.000 ma non superiore a 200.000 euro, i bandi di gara dovranno anche essere pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Regione Siciliana;
- ◆ nel caso di contratti di importo stimato superiore a 200.000 euro, dovrà anche procedersi alla pubblicazione dei bandi medesimi, per estratto, su almeno tre quotidiani e un periodico nazionale <sup>53</sup>.

**Fino a 100.000€  
albo pretorio**

**Da 100.000 a 200.000€  
Gazzetta Ufficiale Regione Siciliana**

**maggiore di 200.000€ anche pubblicazione, per estratto, su 3 quotidiani e un periodico nazionale**

Fermo questo, poichè, con norma di chiusura, lo stesso art. 35 della legge regionale n. 7/2002. rinvia, "*in quanto compatibili*", alle disposizioni stabilite per i lavori pubblici, alcune ulteriori specifiche in merito potranno rinvenirsi nell'ambito del sistema posto appunto per i lavori pubblici all'art. 29 della legge n. 109/1994 (testo coordinato).

Per quanto concerne i **contratti volti alla realizzazioni di lavori**, le disposizioni fondamentali si rinvergono all'art. 29 da ultimo citato, il quale individua sostanzialmente quattro fasce contrattuali, a ciascuna delle quali corrisponde un regime differenziato di pubblicità.

**La pubblicità nel settore dei lavori**

La prima fascia è costituita dai bandi ed avvisi relativi a contratti di importo stimato pari o superiore alla soglia comunitaria (cfr., in merito, capitolo II) relativamente ai quali è stabilita - oltre naturalmente all'invio all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali dell'Unione europea - la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Regione

**Superiore alla soglia comunitaria  
Pubblicazione su:  
**G.U. Unione****

siciliana; nonchè, dopo dodici giorni dall'invio all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali dell'Unione europea, per estratto su almeno uno dei principali quotidiani nazionali con particolare diffusione nella Regione e su almeno tre quotidiani regionali <sup>54</sup>.

*Europea*

*G.U. Regione Siciliana  
Per estratto, tre quotidiani regionali e uno nazionale*

La seconda fascia è costituita dai bandi ed avvisi relativi a contratti di importo stimato pari o superiore a un milione di euro ed inferiore alla soglia comunitaria.

Per essi è stabilita la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Regione siciliana e, per estratto, su uno dei principali quotidiani nazionali con particolare diffusione nella Regione e su almeno tre quotidiani regionali <sup>55</sup>, nonché su almeno un periodico a diffusione regionale e su un periodico edito dall'Assemblea regionale siciliana o dalla Fondazione "Federico II".

*Inferiore alla soglia comunitaria e >di 1.000.000€*

La terza fascia è costituita dai bandi ed avvisi relativi a contratti di importo stimato compreso tra 200.000 e un milione di euro, per i quali è stabilita la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Regione siciliana e, per estratto, su almeno tre dei principali quotidiani regionali aventi maggiore diffusione nella Provincia in cui si eseguono i lavori, nonché su un periodico a diffusione regionale.

*Tra 200.000 e 1.000.000 €*

La quarta ed ultima fascia è costituita dai bandi ed avvisi relativi a contratti di importo stimato inferiore a 200.000 euro, per i quali è stabilita la pubblicazione presso l'albo pretorio del comune ove si eseguono i lavori, ovvero presso l'albo pretorio del comune sede della stazione appaltante.

*Inferiore a 200.000€*

Qualunque sia l'importo dei lavori, poi, i bandi e gli avvisi di gara sono pubblicati sul sito informatico dell'Osservatorio regionale dei lavori pubblici, a mezzo del Servizio di pubblicazione on line definito *Albo Pretorio Regionale Telematico dei lavori pubblici* <sup>56</sup>.

*A prescindere dall'importo i bandi e avvisi devono essere pubblicati Albo Pretorio Regionale Telematico dei lavori pubblici*

\* \* \*

### **XII.3 Secondo segmento: dal bando pubblicato all'aggiudicazione della procedura**

Il secondo segmento del procedimento volto alla formazione del contratto è, come detto, quello che, muovendo dal bando pubblicato, comprende tutte le operazioni relative allo svolgimento della procedura, sino all'aggiudicazione della stessa. Di seguito dunque si

considerano i momenti principali di tale ulteriore segmento.

#### **h) Costituzione del seggio di gara (oppure, rimessione degli atti all'Ufficio Regionale per l'espletamento di gare per l'appalto di lavori pubblici)**

L'espletamento della procedura di gara indetta postula ovviamente che sia costituito o individuato l'organo o l'ufficio chiamato a condurre le operazioni relative, ovvero il cd. *seggio di gara*.

*Disciplinata dal Codice dei contratti art.84*

L'art. 84 del Codice dei contratti detta una disciplina piuttosto analitica circa le caratteristiche del seggio di gara in caso di procedure da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedendo innanzitutto (a conferma peraltro di principio già ampiamente consolidato) che, in tale ipotesi, lo svolgimento delle operazioni di valutazione venga affidato ad apposita commissione di esperti.

*Deve essere prevista una commissione di esperti quando si adotta il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*

Nulla invece viene stabilito con riferimento alle procedure da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, nelle quali, l'assenza di spazi di discrezionalità tecnica, rende comunque non necessario il ricorso ad organo collegiale esperto, in qualche misura terzo rispetto alla ordinaria configurazione degli uffici burocratici dell'amministrazione o dell'ente precedente.

Non può escludersi, peraltro che, ricorrendone sufficienti ragioni di convenienza, possa essere costituita commissione anche nelle ipotesi di aggiudicazione al prezzo più basso.

Per quanto concerne la **Regione Sicilia**, la questione dell'organo / ufficio deputato a condurre le operazioni di gara si interseca con le competenze attribuite ad un ufficio speciale della Regione, denominato Ufficio Regionale per l'espletamento di gare per l'appalto di lavori pubblici, al quale, come noto, è *ex lege* rimessa la responsabilità della conduzione di una componente molto significativa degli appalti di lavori sul territorio siciliano.

Come di consueto, tuttavia viene di seguito prima considerata la questione con riferimento ai contratti per la fornitura di beni e/o servizi.

*Art.84 Codice Disciplina applicabile nei contratti per la fornitura di beni e/o servizi.*

Riallacciandosi al disposto dell'art. 84 del Codice, stabilisce quest'ultimo che la Commissione (si ricorda: in caso di procedure che

*Composizione*

prevedano l'aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa) sia composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, e presieduta, di norma da un dirigente della stazione appaltante (oppure, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente).

*della  
Commissione:*

*numero dispari di  
componenti max  
5*

Sempre a norma dell'art. 84 del Codice, i commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante, mentre solo in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento (di prossima entrata in vigore) in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente possono essere scelti:

*Sono funzionari  
della stazione  
appaltante  
o in caso di  
carenza di  
organico:*

- tra funzionari di altre amministrazioni aggiudicatrici;

oppure

*a)funzionari di  
altre  
amministrazioni*

- tra professionisti con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali ovvero professori universitari di ruolo, in ambo i casi attingendo con un criterio di rotazione nell'ambito di distinti elenchi formati sulla base di rose di candidati fornite rispettivamente dagli ordini professionali e dalle facoltà di appartenenza.

*b)professionisti*

Va comunque detto, in proposito, che i commi 2, 3, 4, 8 e 9 del cit. art. 84 del Codice, da cui sostanzialmente discende il sistema sopra tratteggiato, sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi dalla Corte Costituzionale con la più volte menzionata sentenza n. 401 del 2007, nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non prevedono il carattere suppletivo e cedevole delle norme poste ai commi detti <sup>57</sup>.

I commi 2, 3, 4, 8 e 9 dell'art. 84 sono appunto quelli ove è posta che surrichiamata disciplina circa la composizione della commissione e le modalità di individuazione dei commissari.

Secondo la Corte Costituzionale, infatti, *"gli aspetti connessi alla composizione della Commissione giudicatrice e alle modalità di scelta dei suoi componenti attengono, più specificamente, alla organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei necessari requisiti, da parte della imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara."*

*Normativa che ha  
carattere  
recessivo rispetto  
ad una eventuale  
diversa regionale*

Trattasi cioè di ambito non rientrante nella materia della tutela della concorrenza, bensì in quello appunto dell'organizzazione

amministrativa ed in ragione di ciò alla normativa statale deve riconoscersi carattere recessivo rispetto ad una eventuale diversa legislazione regionale.

La situazione per la Regione Sicilia risulta peraltro relativamente complicata dalla circostanza che il Codice dei contratti, con riferimento ai servizi, alle forniture ed ai settori speciali, non si applicherebbe - in quanto Regione a statuto speciale - in via diretta, bensì in virtù di espresso rinvio dinamico operato verso la normativa nazionale di settore agli artt. 31-33 della legge n. 7/2002. Possono tuttavia valere, in proposito, le seguenti considerazioni:

- per un lato, avendo tale rinvio carattere di norma generale, non vi è dubbio che eventuali regolamentazioni speciali di matrice regionale sarebbero in ogni caso destinate a prevalere su di esso o meglio sulle disposizioni del Codice oggetto del rinvio detto;
- per altro lato, verso la non vincolatività, per la Sicilia, della sopra ricordata disciplina depone la considerazione che il rinvio operato dalla legge regionale n. 7/2002 potrebbe non essere sufficiente a determinare l'operatività nel territorio della Regione di norme relative ad oggetti diversi da quelli coperti dai decreti legislativi espressamente richiamati (ora sostituiti dal Codice dei contratti), i quali non contenevano alcuna disciplina in ordine alla composizione delle commissioni giudicatrici<sup>58</sup>.

*L'art.84 non sconvolge il sistema ma positivizza principi consolidati nel sistema appalti*

Trattasi peraltro di questione la cui soluzione esorbita senz'altro dall'economia di questo vademecum breve.

In ogni caso, va detto che anche le norme contenute all'art. 84 del Codice dei contratti non rappresentano affatto un vero e proprio momento di *rottura* rispetto al sistema previgente, in quanto per una parte significativa trattasi ancora una volta di semplice positivizzazione di principi in larga misura già consolidati nel sistema. Anzi, per il settore dei lavori pubblici (da sempre considerato settore per molti versi paradigmatico dell'ordinamento degli appalti in generale), l'art. 21 della legge n.109/1994, testo coordinato, stabilisce regole e criteri per la composizione delle Commissioni di valutazione in massima parte analoghi a quelli contenuti all'art. 84 del Codice dei contratti.

*Disciplina applicabile nei contratti di **lavori***

Venendo appunto al settore dei contratti per la realizzazione di lavori pubblici, va prima di tutto ricordato il ruolo fondamentale dell'**Ufficio**

*Il ruolo*

**Regionale per l'espletamento di gare per l'appalto di lavori pubblici**, che trova la sua disciplina fondamentale all'art. 7-ter della legge n. 109/1994, testo coordinato, introdotto con l'art. 5 della legge regionale n. 7/2002.

Attraverso il cit. art. 7-ter è stato realizzato, di fatto, un sostanziale trasferimento di competenze in materia di affidamento di appalti dagli enti o dalle amministrazioni committenti ad un apposito ufficio regionale, costituito appunto dall'Ufficio regionale per l'espletamento di gare per l'appalto di lavori pubblici (UREGA, in forma abbreviata).

Più esattamente, le competenze trasferite riguardano esclusivamente gli appalti da affidare con procedure ad asta pubblica, il cui importo a base d'asta sia superiore a 1.250.000 euro (fermo rimanendo che anche per contratti di minore importo l'ente appaltante potrà avvalersi dell'Ufficio detto, sulla base tuttavia di specifica richiesta motivata).

*Vengono trasferite le procedure > 1.250.000€ da affidare con asta pubblica*

*o motivando anche appalti di importo inferiore*

Sotto il profilo ordinamentale, l'UREGA costituisce struttura intermedia dell'Ispettorato tecnico dell'Assessorato regionale dei lavori pubblici<sup>59</sup> e consta di una sezione centrale, con sede in Palermo e di nove sezioni provinciali, con sede nei capoluoghi della province regionali.

Le sezioni provinciali svolgono attività di espletamento delle gare d'appalto per le opere di interesse provinciale, intercomunale e comunale (sempre se di importo a base d'asta superiore a 1.250 migliaia di euro).

La sezione centrale svolge attività di espletamento delle gare d'appalto per le opere di interesse sovra-provinciale (sempre se di importo a base d'asta superiore a 1.250 migliaia di euro), nonché attività di coordinamento delle sezioni provinciali.

*Struttura dell'UREGA*

Operando, in sostanza, alla stregua di stazione unica appaltante, l'UREGA provvede all'espletamento di tutte le operazioni di gara successive agli adempimenti in materia di pubblicizzazione del bando (i quali restano di competenza del responsabile unico del procedimento, nominato dall'amministrazione committente), sino alla formulazione di proposta, rivolta al competente organo dell'amministrazione appaltante, di aggiudicazione della procedura.

In concreto ciascuna sezione provinciale opera attraverso una commissione di gara composta da due commissari oltre al presidente, in possesso tutti di adeguata professionalità, individuati secondo i parametri di cui al comma 9 dell'art. 29 delle legge n. 109/1994, testo coordinato (fatta salva la possibilità, in ipotesi di indifferibile

necessità ed urgenza, di costituire una seconda commissione).

La commissione di gara della sezione centrale dell'Ufficio è invece costituita dai presidenti delle sezioni provinciali territorialmente interessate per l'appalto dei lavori oggetto della gara ed è composta da non meno di tre componenti, compreso il presidente di turno.

Con decreto presidenziale del 14 gennaio 2005, n. 1, è stato adottato il regolamento per il funzionamento dell'UREGA, con il quale anche è stato istituito, all'art. 5, la figura del *responsabile degli adempimenti relativi alla celebrazione della gara*, denominato R.A.G., al quale sono attribuite le funzioni che la legge assegna al responsabile del procedimento nelle fasi di gara.

***Il RAG come il RUP***

### **i) Verifica delle condizioni e dei requisiti di partecipazione**

Indetta la procedura con la pubblicazione del bando, acquisite le domande di partecipazione (in caso di procedure ristrette o di dialogo competitivo o di procedure negoziate che prevedano la pubblicazione di un bando) o direttamente le offerte di gara (nel caso di procedure aperte) e costituito quindi il seggio di gara, il passo di spicco successivo consiste nella verifica, in capo agli istanti o agli offerenti, del rispetto delle condizioni e dei requisiti stabiliti per la partecipazione alla procedura.

Si è già ricordato che a tale adempimento provvede di regola la stessa commissione giudicatrice nel caso di procedure aperte (cd. monofasiche), mentre nelle procedure ristrette in genere tale compito è svolto dagli uffici ordinari della stazione appaltante.

I requisiti di partecipazione sono quelli considerati nel precedente paragrafo X.4, e possono essere quindi di natura generale (essenzialmente quindi di tipo giuridico) o speciale (attinenti quindi alla capacità economico finanziaria e tecnica dei concorrenti).

Le modalità di verifica consistono semplicemente nel riscontro della corrispondenza - nella forma e nel contenuto - della documentazione presentata dai concorrenti alle prescrizioni di bando e disciplinare relative appunto ai requisiti minimi di partecipazione, nonché alle modalità di attestazione per gli stessi prescritte o consentite.

Lo spoglio di tale documentazione avviene di regola in seduta pubblica, così, specialmente, al fine di permettere la valida contestazione immediata di eventuali carenze documentali riscontrate (altrimenti difficilmente opponibili agli interessati).

***Verifica dei requisiti generali e speciali***

***Modalità di verifica esame della documentazione, di regola, in seduta pubblica***

Se, di norma, la rilevazione di carenze documentali in ordine a elementi richiesti, nella *lex specialis* di gara, sotto comminatoria di esclusione dalla gara conducono appunto alla estromissione del concorrente dalla procedura, è noto come sia in astratto riconosciuta alla stazione appaltante la facoltà di richiedere al concorrente di integrare o chiarire il contenuto della documentazione presentata ai fini della dimostrazione del possesso dei prescritti requisiti generale e speciali di gara (cfr. artt. 51 Direttiva Unica e 46 Codice dei contratti).

Trattasi di regola ispirata ai principi di massima partecipazione alle procedure e di tendenziale non formalità delle procedure stesse, i quali però trovano un limite significativo in altro consolidato canone, vale a dire nel principio di *par condicio* fra i concorrenti.

La sanatoria della documentazione presentata non può quindi mai risolversi nel riconoscimento di una posizione, di fatto, privilegiata ad un determinato concorrente, consentendo ad esempio a quest'ultimo di presentare documenti previsti a pena di inammissibilità anche oltre il termine di presentazione stabilito in via generale per tutti i concorrenti.

Nel tentativo di contemperare i surrichiamati principi in fondamentale antitesi (massima partecipazione e tendenziale non formalità, da una parte; rispetto della *par condicio*, dall'altra) la giurisprudenza amministrativa ha elaborato (pur fra molti ripensamenti e non poche varianti) alcuni criteri minimi, ai quali è possibile dunque fare riferimento:

***La sanatoria della documentazione  
I principi elaborati dalla  
giurisprudenza amm.va:***

- non può essere consentita la produzione tardiva di documenti o dichiarazioni ingiustificatamente dal concorrente non presentati entro il termine stabilito;
- la sanatoria può quindi consistere solamente nel completamento o chiarimento del *contenuto* di documenti tempestivamente trasmessi, i quali di per se stessi costituiscano ragionevole indizio, ma non dimostrazione sufficiente, del possesso del requisito richiesto (cd. principio di prova);
- potrà inoltre consentirsi l'integrazione dei documenti presentati quando la carenza riscontrata sia conseguenza di disposizioni ambigue del bando o degli altri atti di gara;
- potrà disporsi infine l'integrazione quando risulti che la carenza documentale riscontrata non è imputabile a fatto del concorrente (ad es.: certificato tempestivamente richiesto ma non ancora rilasciato dall'ente certificante).
- in ogni caso il subprocedimento di integrazione riguarda i soli



requisiti di partecipazione e non invece i documenti costituenti le offerte tecniche ed economiche di gara.

Con riferimento alla capacità economica e finanziaria, di assoluto rilievo è il principio (stabilito all'art. 47, comma 5, della Direttiva Unica e all'art. 41, comma 3, del Codice dei contratti), secondo cui l'operatore economico che per fondati motivi non sia in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice è autorizzato a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione aggiudicatrice.

Con l'espressione invece "condizioni di partecipazione" si intendono generalmente richiamare circostanze diverse dal possesso dei requisiti di partecipazione in senso stretto, dalle quali comunque dipende ugualmente l'ammissione alla fase competitiva della *Le condizioni di partecipazione* procedura.

Tipiche condizioni di partecipazione sono ad esempio:

- il rispetto della prescrizioni formali stabilite per la presentazione dell'offerta e per la partecipazione, in genere, alla procedura;
- la costituzione di idonea garanzia a corredo dell'offerta (cd. cauzione provvisoria);
- la presentazione di una sola offerta di gara, comprese eventuali partecipazioni all'interno di raggruppamenti temporanei o consorzi;
- la presentazione di impegno a costituirsi in raggruppamento di imprese secondo i termini stabiliti, nel caso in cui sia rappresentata la partecipazione in tale forma alla procedura;
- etc..

#### **j) Controllo a campione delle dichiarazioni rese dai concorrenti in ordine ai requisiti di partecipazione**

Secondo una logica di intervento già prima d'ora commentata, l'estensore del Codice dei contratti ha inteso rendere di generale applicazione molte garanzie e dispositivi procedurali prima presenti nell'ordinamento solo nel caso di affidamento di lavori, con esclusione quindi dei servizi e delle forniture.

Nuovo esempio di questa direttrice di intervento è costituito dall'art. 48 del Codice dei contratti - applicabile appunto a tutti i settori - il

quale riprende corrispondente disposizione della legge quadro nazionale n. 109/1994, riferita come è noto ai soli lavori pubblici.

Tale ultima disposizione (di cui all'art. 10, comma 1<sup>-quater</sup>) è stata peraltro senza modifiche recepita dal Legislatore siciliano con la legge n. 7/2002 e può dunque rinvenirsi esattamente all'art. 10, comma 1-quater della legge 109/1994, testo coordinato.

In pratica, si tratta di un subprocedimento di controllo che si innesta all'interno della fase delle ordinarie verifiche sul possesso dei requisiti condotte con riferimento alla platea dei partecipanti in genere.

*Come si svolge e in che consiste il controllo a campione*

Più esattamente è stabilito che le stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, debbono richiedere ad un numero di offerenti non inferiore al 10 % delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito.

In sostanza, si tratta di fornire dimostrazione del possesso dei requisiti di idoneità tecnico-economica oggetto di semplice dichiarazione sostitutiva in sede di gara.

Ad esempio, dovranno fornirsi certificati di regolare esecuzione del servizio, rilasciati dagli enti pubblici committenti, a conferma dell'effettivo svolgimento dei servizi analoghi dichiarato in sede di gara.

Oppure, dovranno fornirsi gli effettivi documenti di bilancio e/o idonea documentazione fiscale (es.: dichiarazione annuale IVA) a conferma dei requisiti di fatturato globale e/o specifico oggetto di semplice dichiarazione.

Notevole rilievo riveste poi il fatto che quando tale prova non venga in effetti fornita dal concorrente sorteggiato, oppure quando quest'ultimo non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, ciò non determina semplicemente l'esclusione dalla procedura a cui la dichiarazione non confermata si riferisce, bensì comporta anche:

*Le conseguenze, oltre alla esclusione dalla gara, in caso di mancata conferma delle dichiarazioni*

- ◆ l'escussione della cauzione provvisoria;
- ◆ la segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici per l'irrogazione di importanti sanzioni amministrative pecuniarie;
- ◆ la sospensione, ad opera della stessa suindicata Autorità, da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento.

Controlli in tutto analoghi, come si vedrà, le stazioni appaltanti saranno chiamate ad effettuare, al termine della procedura, anche nei confronti del soggetto primo classificato nella graduatoria, così come al soggetto posizionatosi nella posizione immediatamente inferiore.

**k) Valutazione comparativa delle offerte ammesse e individuazione dell'offerta maggiormente conveniente a' termini di bando (o della lettera di invito)**

*La fase competitiva*

Si tratta, come è ovvio, della fase propriamente competitiva della procedura.

Escluse dalla procedura le offerte (o le domande, nel caso di procedure ristrette) per le quali non sono risultati ricorrere le condizioni ed i requisiti di partecipazione:

- > nel caso di procedure aperte, viene senza soluzioni di continuità avviato l'esame comparativo e la valorizzazione in termini di punti-gara (se il metodo è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa) delle offerte non escluse dalla procedura;
- > nel caso di procedure ristrette, viene inoltrata agli operatori ammessi lettera di invito a presentare offerta;
- > nel caso di procedure negoziate, viene inoltrata agli operatori ammessi lettera di invito a presentare offerta e negoziare;
- > nel caso di dialogo competitivo, viene inoltrata agli operatori ammessi lettera di invito a partecipare al medesimo.

*Individuazione in base al metodo di aggiudicazione e*

Come già precedentemente accennato, l'individuazione della migliore offerta fra quelle non escluse avverrà naturalmente sulla base del metodo, dei criteri di aggiudicazione e dei relativi fattori di ponderazione predeterminati nel bando di gara (o nella lettera di invito).

*e dei criteri e fattori predeterminati nel bando*

La competizione potrà così vertere solo sul prezzo, e in questo caso il procedimento di selezione sarà di tipo automatico, e potrà invece vertere anche su elementi di ordine tecnico-progettuale, ed in questo caso la selezione passerà necessariamente per le valutazioni tecnico-discrezionali di apposita commissione giudicatrice.

*Graduatoria*

In ogni caso, il prodotto finale di tale fase è costituito da una graduatoria, nella prima posizione della quale sta l'offerta giudicata più conveniente per l'amministrazione (o più semplicemente *rilevata* più conveniente, nel caso di aggiudicazione al prezzo più basso).

*I metodi vedi cap. IX3 e X.7*

Circa i diversi metodi di aggiudicazione astrattamente utilizzabili, nonché i criteri di valutazione nel caso in cui il metodo seguito sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si rimanda, per non ripetersi, a quanto in merito osservato nei precedenti capitoli IX.3 e X.7.

Il processo di individuazione della migliore offerta, in senso lato, include il subprocedimento di verifica delle anomalie delle offerte.

## **I) Verifica delle offerte anormalmente basse**

La Direttiva Unica pone in materia solo una disciplina essenziale, la cui regola base risulta essere, all'art. 55, paragrafo 1, primo cpv., così formulata:

*"Se, per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione".*

*Le cd. giustificazioni preventive o preliminari*

Oltre a questo (che comunque non è di poco rilievo, in quanto pone il principio del necessario contraddittorio *ante* esclusione) è poi semplicemente stabilito che le suddette precisazioni possano, in particolare, riguardare:

- l'economia del procedimento di costruzione, del processo di

fabbricazione dei prodotti o del metodo di prestazione del servizio;

- le soluzioni tecniche adottate e/o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti o per prestare i servizi;
- l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente;  
il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione;
- l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato.

Molto più articolata risulta essere la regolamentazione della materia delle offerte anormalmente basse presente nel Codice dei contratti pubblici (artt. 86 - 88), peraltro per molta parte riprodotto di quella prima posta con la legge quadro nazionale n. 109/1994.

*La graduatoria  
provvisoria*

In estrema sintesi, il procedimento è quello di seguito descritto.

Formata la graduatoria provvisoria, la stazione appaltante è tenuta, prima di procedere all'aggiudicazione, a verificare la congruità delle offerte presentate - a cominciare da quella collocata nella prima posizione della graduatoria stessa - le quali presentino carattere anormalmente basso.

Per l'individuazione delle offerte che effettivamente presentano tale carattere sono stabiliti criteri automatici distinti in ragione del metodo di aggiudicazione seguito, ovvero:

- x quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso <sup>60</sup>, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media <sup>61</sup>.
- x quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i

punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

Fermo quanto sopra, ovvero la necessità di sottoporre a verifica le offerte che in base ai suddetti criteri automatici risultino anormalmente basse, le stazioni appaltanti possono valutare la congruità anche di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia comunque anormalmente bassa.

Nella valutazione dell'anomalia delle offerte, gli enti aggiudicatori sono in primo luogo tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche delle prestazioni richieste.

*Valutazione  
dell'anomalia*

Prima delle ultime modifiche legislative, la normativa in esame prevedeva che le offerte fossero corredate, sin dalla presentazione, di adeguate giustificazioni (cc.dd. giustificazioni preventive o preliminari) in ordine ai prezzi offerti, le quali possono riguardare, sulla base dell'elenco esemplificativo fornito all'art. 87 del Codice:

*Prima delle  
ultime modifiche*

- a) l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione, del metodo di prestazione del servizio;
- b) le soluzioni tecniche adottate;
- c) le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti, o per prestare i servizi;
- d) l'originalità del progetto, dei lavori, delle forniture, dei servizi offerti;
- f) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato;
- g) il costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

Ancora si prevedeva che, quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede per iscritto all'offerente le giustificazioni, eventualmente necessarie in aggiunta a quelle già presentate a corredo dell'offerta. La stazione appaltante, se del caso mediante apposita distinta commissione, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite, e può

chiedere per iscritto ulteriori chiarimenti, se resi necessari o utili a seguito di tale esame. Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile. Detto procedimento di verifica è rivolto in prima battuta, naturalmente, alla migliore offerta, se la stessa presenta carattere anormalmente basso. Se questa viene giudicata non congrua o non affidabile e viene conseguentemente esclusa dalla procedura, la stazione appaltante procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala o altrimenti anomala ma verificata congrua.

Nell'ambito del decreto anti-crisi (Decreto Legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modifiche dalla legge 3 agosto 2009, n. 102) è contenuto l'art. 4 quater che apporta alcune significative modifiche al codice dei contratti pubblici.

***Valutazione delle anomalie***

***Novità introdotte dal decreto anticrisi del 2009***

In particolare, in materia di procedimento di verifica e di giustificazioni da fornire da parte del concorrente per il caso di offerta sospettata di anomalia, si dispone quanto segue:

- abrogazione dell'obbligo di allegare le giustificazioni in sede di formulazione dell'offerta (soppressione dell'art. 86, comma 5) e, qualora l'offerta appaia anormalmente bassa, la presentazione delle giustificazioni è richiesta dalla stazione appaltante direttamente in fase di gara (art. 87, comma 1);
- la richiesta delle giustificazioni, relative all'intero importo a base di gara, è formulata per iscritto dall'amministrazione, che deve assegnare al concorrente un termine non inferiore a 15 giorni per la presentazione delle stesse, da effettuarsi anch'essa per iscritto (art. 88, comma 1);
- esame delle giustificazioni possibilità di nomina di una commissione;
- le precisazioni ritenute pertinenti (art. 88, comma 1 bis); instaurazione del contraddittorio con il concorrente, questi ha un termine di cinque giorni per presentare tali precisazioni (art. 88, comma 2);
- la stazione appaltante, ovvero la commissione, esamina l'offerta alla luce delle precisazioni fornite dal concorrente e, prima di escludere l'offerta, deve comunque sentire il concorrente, affinché questi possa indicare ogni elemento ritenuto utile, convocandolo con un anticipo non inferiore a tre giorni (art. 88, commi 3 e 4);
- possibilità, purchè prevista nel bando (ovvero nell'avviso

***Il procedimento di verifica delle offerte anomale***

di gara o nella lettera di invito) che la verifica sia effettuata contemporaneamente con riguardo alle migliori offerte fino alla quinta.

Infine, ai sensi dell'art. 124, ultimo comma, del Codice dei contratti, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata secondo il criterio automatico (sopra riportato) di cui al primo comma dell'art. 86, quando ricorrano tutte le seguenti condizioni:

- l'importo stimato del contratto in affidamento è inferiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria;
- il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso;
- vi sia un numero minimo (prima 5 ora 10) di offerte ammesse.

Anche in tema di esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, il terzo correttivo (D. Lgs. n. 152/2008, art. 1, comma 1, lettera bb.2) apporta significative novità alla citata normativa del Codice dei contratti pubblici. Il decreto introduce un limite di importo, pari ad 1 milione di euro per il lavori e 100.000 euro per servizi e forniture, per l'esercizio della facoltà per le amministrazioni, di prevedere nel bando l'esclusione automatica delle offerte anomale (art. 122, comma 9 e 124, comma 8). Tale istituto è applicabile qualora il numero minimo delle offerte ammesse sia pari a 10 (nella disciplina previgente tale numero era pari a 5). Tale modifica, originata dalla sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea del 1575/2008 in causa 148/06, implica l'introduzione della valutazione dell'anomalia anche per appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, ma superiore ad 1 milione di euro.

**Art. 124 Codice contratti**

**Si può altresì preveder l'esclusione automatica**

**Esclusione automatica il limite di importo**

Per quanto specificamente concerne la **Regione Sicilia**, il quadro disciplinare sopra tratteggiato si applica senz'altro relativamente a contratti che ricadano nell'ambito dei settori delle forniture di beni e/o servizi, sempre in virtù del rinvio dinamico operato con la legge regionale n. 7/2002.

Diversa, al solito, è la situazione relativamente ai contratti per l'affidamento di lavori, per i quali resta applicabile - sempre in quanto compatibile con la normativa comunitaria e ferme rimanendo eventuali necessità di adeguamento al Codice stesso - la disciplina di cui alla legge n. 109/1994, testo coordinato (art. 21, comma 1<sup>-bis</sup>, in particolare), nonché il dpr. 554/1999 (art. 89).

**In Sicilia la normativa sulla esclusione si applica nei settori forniture e servizi rinvio dinamico**

**Disciplina nel settore dei lavori**

Peraltro, poichè il Codice dei contratti ha, in buona parte, mutuato la



propria impostazione da quella prima rinvenibile nella legge quadro nazionale n. 109/1994, la struttura essenziale della disciplina contenuta nella versione del Testo Unico applicabile nella Regione è sostanzialmente coerente con la disciplina del Codice stesso.

Piuttosto quindi che sottolineare le generali corrispondenze, conviene evidenziare quelle che sembrano essere le principali differenze fra i due sistemi:

*Differenze tra i due sistemi*

- ◆ innanzitutto, la regolamentazione posta nel Codice si applica, pur con le diversità sopra ricordate, tanto alla procedure da aggiudicarsi al prezzo più basso, come a quelle da aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre la legge n. 109/1994, testo coordinato, nulla prevede in merito alle procedure della seconda specie;
- ◆
- ◆ nel Codice, poi, e non nel Testo Unico regionale, è prevista la necessaria convocazione finale del concorrente prima procedere eventualmente all'esclusione dello stesso;
- ◆
- ◆ il Codice, inoltre, e non il Testo Unico regionale, detta una disciplina espressa dei vincoli (in particolare circa il costo del lavoro e della sicurezza) e delle eventuali situazioni giustificative del ribasso offerto da tenere in conto agli effetti delle verifiche di cui trattasi;
- ◆
- ◆ infine, le giustificazioni da presentarsi unitamente all'offerta coprono l'intero prezzo offerto a' termini del Codice dei contratti, mentre a' termini del Testo Unico regionale è sufficiente siano riferite ad una quota pari al 75 % del totale.

*Sub  
commissione nel  
caso di procedure  
affidate  
all'UREGA*

Per le procedure di gara di competenza dell'Ufficio Regionale per l'espletamento delle gare d'appalto, è previsto, ai sensi del regolamento approvato con decreto del Presidente della Regione n. 1/2005, che la verifica delle offerte anormalmente basse sia affidata ad apposita sub-commissione.

### **m) Aggiudicazione provvisoria da parte del seggio di gara**

La fase volta alla individuazione della migliore offerta culmina con l'atto di aggiudicazione, il quale, nella sua veste provvisoria, viene adottato dall'Autorità che presiede alla gara (ufficio o commissione

che sia) una volta esperito anche il subprocedimento di verifica delle anomalie delle offerte.

Si tratta dell'atto con cui il seggio di gara in senso proprio chiude l'attività procedimentale di propria competenza e sostanzialmente *rimette il testimone* all'amministrazione committente.

Sotto il profilo funzionale, rappresenta quindi atto ancora interno all'amministrazione - seppure, secondo la migliore giurisprudenza, autonomamente impugnabile da parte dei soggetti interessati - destinato ad essere in qualche misura *sostituito* dal provvedimento di aggiudicazione definitiva di competenza della stazione appaltante.

### **Lavori pubblici**

Nel caso di appalti di **lavori pubblici**, il Testo Unico valevole per la Regione Sicilia (legge n. 109/1994, testo coordinato), pone peraltro, all'art. 21<sup>-bis</sup>, una disciplina speciale rispetto a quella prevista nel Codice dei contratti.

**Disciplina  
speciale  
per  
l'aggiudicazione  
provvisoria**

Stabilisce difatti tale articolo <sup>62</sup>:

- ◆ che il verbale di gara (redatto immediatamente e sottoscritto dall'impresa aggiudicataria, se presente) contenente l'aggiudicazione provvisoria della procedura, sia pubblicato per almeno tre giorni consecutivi non festivi nella sede degli enti dove è svolta la gara;
- ◆ che in assenza di rilievi o di contestazioni, da effettuarsi al più tardi entro sette giorni da quello di espletamento della gara, il verbale di gara diviene per ciò solo definitivo;
- ◆ che, in caso di rilievi e contestazioni, l'ente appaltante, e per esso il responsabile del procedimento, è tenuto a decidere entro il termine perentorio di dieci giorni dalla loro trasmissione;
- ◆ che decorso inutilmente detto ultimo termine, in mancanza di decisione, i rilievi e le contestazioni si intendono respinti ed il verbale di gara diviene definitivo.

Per le procedure di gara di competenza dell'U.R.E.G.A., è previsto un passaggio ulteriore.

**Nel caso di gara  
di competenza  
dell'UREGA  
ulteriore  
passaggio**

Le sezioni centrale e provinciali redigono un verbale delle operazioni di gara che viene trasmesso alle amministrazioni appaltanti nonché ai soggetti collocatisi al primo ed al secondo posto in graduatoria. Il verbale costituisce semplice proposta ai fini dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione (provvisoria) da parte dell'organo competente dell'amministrazione appaltante.

Nel termine di quindici giorni dalla data di ricezione del verbale, l'organo competente dell'amministrazione appaltante deve adottare il provvedimento finale. In difetto, il provvedimento di aggiudicazione si intende a tutti gli effetti adottato conformemente alla proposta.

È comunque fatto obbligo all'organo competente dell'amministrazione appaltante di adottare un provvedimento espresso con il quale regolarizzare l'aggiudicazione sotto il profilo contabile e finanziario.

Tale provvedimento sottostà quindi alla procedura di pubblicazione descritta al cit. art. 21 bis della legge n. 109/1994, testo coordinato, volta a conferire al medesimo carattere di definitività.

#### **XII.4 Terzo segmento: dall'aggiudicazione definitiva all'approvazione del contratto**

Il **terzo segmento** ideale della procedura è costituito, come già è stato detto, dagli adempimenti successivi alla rimessione all'Amministrazione precedente dei verbali contenenti l'aggiudicazione provvisoria. Si tratta, in sostanza, degli adempimenti necessari a conferire forma e forza di contratto eseguibile all'offerta selezionata dal seggio di gara.

*Aggiudicazione definitiva*

Dall'aggiudicazione definitiva, si procederà quindi, previa la verifica del caso, alla stipula del contratto ed infine alla approvazione dello stesso.

#### **n) Aggiudicazione definitiva**

A norma del Codice dei contratti, concluse le operazioni di gara in senso stretto, l'Amministrazione è chiamata a rendere definitive le conclusioni cui è pervenuto il seggio di gara, previa verifica di

regolarità e legittimità delle operazioni condotte e degli atti prodotti.

L'art. 81, comma 3, del Codice prevede comunque anche il caso che, secondo la valutazione dell'amministrazione, nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto (ivi compresa, naturalmente, l'offerta provvisoriamente aggiudicataria): in tale ipotesi, è espressamente riconosciuta all'amministrazione la facoltà di non procedere ad aggiudicazione (definitiva) alcuna <sup>63</sup>.

**Art.81 3° comma**  
**Nessuna**  
**aggiudicazione**

Peraltro è probabilmente il caso di segnalare che mentre l'art. 11 del Codice dispone che all'aggiudicazione definitiva si pervenga previa *verifica* dell'aggiudicazione provvisoria, al successivo art. 12 del Codice stesso è stabilito che l'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad *approvazione* dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori.

Rappresenta comunque valutazione condivisa in dottrina che, nonostante la lettera della norma, non ricorrano gli estremi di un provvedimento di approvazione in senso formale, trattandosi di semplice verifica della legittimità degli atti pregressi (ed in particolare dell'atto di aggiudicazione provvisoria reso dal seggio di gara) in funzione dell'adozione dell'atto conclusivo della procedura, ovvero l'aggiudicazione definitiva.

Il rapporto di presupposizione che lega l'aggiudicazione provvisoria e l'aggiudicazione definitiva non elimina, peraltro, la sostanziale autonomia di quest'ultima, testimoniata anche dal fatto che, per non controversa giurisprudenza, l'intervenuta impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria non esonera il ricorrente dall'impugnare anche il successivo provvedimento di aggiudicazione definitiva, ancorchè meramente riproduttivo del primo.

Neppure l'aggiudicazione definitiva comporta comunque l'accettazione dell'offerta selezionata, nè comunque spiega altrimenti l'efficacia sua propria, prima che si sia proceduto alla verifica in capo all'aggiudicatario del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica oggetto di autodichiarazione in sede di gara (v.si appresso).

Per quanto concerne i **lavori pubblici**, al paragrafo precedente (al quale, per non ripetersi, si ritiene di poter utilmente rimandare) è stato ricordato che l'art. 21 <sup>bis</sup> della legge n. 109/1994, testo coordinato, prevede una diversa scansione del processo destinato a

conferire *definitività* all'aggiudicazione *provvisoria* disposta dal seggio di gara.

**o) Verifica, in capo all'aggiudicatario e al secondo in graduatoria, dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica**

Si tratta dell'esatto omologo del subprocedimento di verifica da esperirsi, prima della apertura delle offerte, con riferimento ad una quota non inferiore al 10 % delle offerte, ai sensi dell'art. 48, comma 1°, del Codice dei contratti, nonché dell'art. 10, comma 1<sup>-quater</sup>, della legge n. 109/1994, testo coordinato.

***Controllo  
successivo  
all'aggiudicazione***

In questo caso si tratta però di un controllo successivo all'aggiudicazione, inteso a verificare è il possesso, in capo all'aggiudicatario ed in capo al soggetto che segue in graduatoria, dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica dichiarati in sede di gara (ovviamente qualora detti soggetti non sia stati già sorteggiati per il controllo da effettuarsi in corso di procedura).

***Nel caso di  
mancata  
conferma dei  
requisiti  
si applicano le  
sanzioni:***

Per il caso in cui tale controllo dovesse dare esito negativo (per mancata conferma o mancata dimostrazione, da parte dei soggetti suindicati, dei requisiti di cui trattasi), si applicheranno le medesime sanzioni già previste per l'esito negativo del controllo effettuato prima dell'apertura delle offerte, ovvero: l'esclusione dalla gara, l'escussione della relativa cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza per i provvedimenti del caso (ivi compresa la sospensione dalla partecipazione alla gara per un periodo da uno a dodici mesi).

***esclusione dalla  
gara,  
escussione della  
relativa cauzione  
provvisoria***

Sempre in ipotesi di esito negativo delle verifiche dette, è prevista una ulteriore specifica refluenza sulla procedura: occorrerà infatti rideterminare la soglia per l'individuazione delle offerte anomale alla luce della o delle esclusioni così disposte, ed eventualmente assumere ogni decisione conseguente.

***segnalazione del  
fatto all'Autorità  
di vigilanza per i  
provvedimenti  
del caso (ivi  
compresa la  
sospensione dalla  
partecipazione  
alla gara per un  
periodo da uno a  
dodici mesi***

Ad esempio, nel caso in cui la rideterminazione della soglia di anomalia renda anormalmente bassa la prima offerta fra quelle non escluse, dovrà procedersi alle ordinarie verifiche in contraddittorio sulla congruità di tale offerta e solo all'esito di tale subprocedimento potrà individuarsi l'eventuale nuovo aggiudicatario,

L'esito positivo del controllo sul possesso dei requisiti rende invece

definitivamente efficace l'aggiudicazione prima disposta.

**p) Adempimenti propedeutici, stipula del contratto di affidamento ed approvazione dello stesso**

Quandanche definitivamente individuato l'operatore (o il raggruppamento di operatori) aggiudicatario della gara e verificata la veridicità delle dichiarazioni dal medesimo rese in sede di presentazione dell'offerta, l'affidamento in senso proprio ancora non sussiste, in quanto occorre a questo fine stipulare formale contratto di affidamento.

Prima ed in vista di ciò, occorrerà peraltro provvedere ad alcuni adempimenti preliminari, fra i quali spiccano i seguenti:

*Adempimenti  
preliminari alla  
stipula del  
contratto*

- > acquisizione della cauzione definitiva (di cui all'art. 113 del Codice dei contratti e di cui al comma 2 dell'art. 30 delle legge n. 109/1994, testo coordinato), nonché degli ulteriori strumenti di garanzia previsti, in particolare per i lavori pubblici (commi 3 e segg. dell'art. 30 cit.).
- > acquisizione del documento unico di regolarità contributiva (di cui all'articolo 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494) espressamente richiamato all'art. 38, comma 3, del Codice dei contratti pubblici (ciò vale nel caso di contratti per la fornitura di beni e/o servizi, mentre per i lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria si ricorda che la presentazione del DURC è prevista quale vera e propria condizione di partecipazione);
- > nel caso di raggruppamenti temporanei di imprese, acquisizione della documentazione attestante l'avvenuta costituzione dello stesso;
- > espletamento delle cd. verifiche antimafia, di cui al dpr. n. 252/1998;

**Servizi e  
Forniture**

*dalla  
aggiudicazione  
Alla stipula*

Per quanto concerne la stipulazione del contratto e il processo attraverso cui il contratto stipulato diviene eseguibile, gli artt. 11 e 12 del Codice dei contratti, applicabili anche in Sicilia per quanto concerne i servizi e le forniture, scandiscono i seguenti passaggi e

**Art. 11-12  
Codice dei  
Contratti**

termini:

1) divenuta efficace l'aggiudicazione, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero in ipotesi di differimento espressamente concordato con l'aggiudicatario;

2) il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine;

3) il contratto è comunque sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti negli ordinamenti propri delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori; in mancanza di diverso termine stabilito nei suddetti ordinamenti, l'approvazione dovrà intervenire entro trenta giorni, decorsi i quali - salvo interruzioni per ragioni istruttorie - il contratto si avrà per approvato;

4) la stessa approvazione del contratto è sottoposta agli eventuali controlli previsti dagli ordinamenti delle amministrazioni aggiudicatrici, degli enti aggiudicatori, o degli altri soggetti aggiudicatori, sempre nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento del contratto approvato da parte dell'organo di controllo; in mancanza di diversa previsione, tale termine è pari a trenta giorni.

La forma attraverso cui tale contratto potrà essere concluso, salvo diverse specifiche disposizioni ordinamentali delle amministrazioni procedenti, risulta essere stata oggetto, con il Codice dei contratti, di sostanziale liberalizzazione.

Accanto, infatti, alle forme tradizionali dell'atto pubblico notarile o della forma pubblica amministrativa (vale a dire attraverso l'intervento dell'ufficiale rogante della stessa amministrazione aggiudicatrice), è stata in via alternativa prevista la semplice scrittura privata e perfino - secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante - la forma elettronica.

L'esecuzione del contratto potrà in ogni caso avere inizio solo dopo che lo stesso sia divenuto, con l'approvazione, efficace, salvo che, in

casi di urgenza, la stazione appaltante o l'ente aggiudicatore ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste dal regolamento generale (di cui all'art. 5, comma 1, del Codice dei contratti).

***Nel settore dei lavori***

Per quanto concerne il settore dei **lavori pubblici**, gli unici termini applicabili nel territorio della Regione - sempre in assenza di diverse disposizioni ordinamentali dei singoli enti od amministrazioni committenti - risultano essere quelli di cui all'art. 109 del dpr. 554/1999 (applicabile nella Regione in quanto richiamato all'art. 1, comma 2, della legge regionale n. 7/2002), secondo cui la stipulazione del contratto di appalto deve aver luogo:

***La stipulazione del contratto deve avvenire***

***entro 60gg nel caso di pubblico incanto licitazione privata ed appalto-concorso***

- entro sessanta giorni dalla aggiudicazione nel caso di pubblico incanto, licitazione privata ed appalto-concorso;
- entro trenta giorni dalla comunicazione di accettazione dell'offerta nel caso di trattativa privata e di cottimo fiduciario.

***entro 30gg nel caso di trattativa privata e di cottimo fiduciario.***

Agli artt. 110-112 del cit. Testo Unico sono poi regolati, rispettivamente: la documentazione facente parte del contratto (capitolato generale, capitolato speciale, elaborati grafici progettuali, elenco dei prezzi unitari, piani di sicurezza, cronoprogramma), il contenuto minimo di tali atti e infine la ripartizione fra i contraenti delle spese di contratto, di registro ed accessorie.

Stipulato ed approvato nelle forme stabilite, il contratto diviene eseguibile e può darsi finalmente corso, previa la cd. *consegna del cantiere o dei lavori*, agli interventi e alle lavorazioni lavori oggetto del contratto stesso.



### XIII - CENNI SU ALCUNE PROCEDURE SPECIALI

#### XIII.1 Concorsi di progettazione

A tenore dell'art. 1, paragrafo 11, lettera e), della Direttiva Unica, i concorsi di progettazione *"sono le procedure intese a fornire all'amministrazione aggiudicatrice, soprattutto nel settore della pianificazione territoriale, dell'urbanistica, dell'architettura, dell'ingegneria o dell'elaborazione di dati, un piano o un progetto, selezionato da una commissione giudicatrice in base ad una gara, con o senza assegnazione di premi"*.

La disciplina di tali concorsi è poi posta, nella Direttiva cit., agli artt. da 66 a 74.

Definizione e disciplina del tutto analoghe sono poi contenute rispettivamente all'art. 2, comma 41, ed agli artt. da 99 a 110 del Codice dei contratti pubblici.

Rispetto alla regolamentazione previgente (contenuta parte all'art. 26 del d.lgs. 157/1995 e parte agli artt. 59 - 61 del dpr. 554/1999), è innanzitutto da sottolineare come gli estensori della Direttiva prima e del Codice poi, nella prospettiva di semplificatrice che ha guidato l'opera degli stessi, abbiano ricercato una significativa razionalizzazione del sistema, in primo luogo dettando una disciplina comune a prescindere dal settore di riferimento dell'attività oggetto di progettazione.

***Interventi  
normativi per  
razionalizzare il  
sistema***

Con ciò è stato dunque superato il precedente ordinamento, che da una parte regolava in via generale i concorsi di progettazione (a livello interno, con il cit. art. 26 del d.lgs. 157/1995) e da una altra parte poneva regole speciali per il caso che si trattasse di concorsi di progettazione relativi all'architettura ed all'ingegneria accedenti ad operazioni di realizzazione di lavori pubblici (a livello interno, con i citt. artt. 59 - 61 del dpr. 554/1999).

***La ratio:  
progettazione  
di particolare  
complessità***

In pratica, la *ratio* dell'istituto riposa nella considerazione che, di fronte ad esigenze di progettazione di particolare complessità o latitudine,

---

<sup>64</sup> La soglia comunitaria per i concorsi di progettazione, si ricorda, è la medesima stabilita per gli appalti di servizi in genere, ovvero, per i soggetti aggiudicatori diversi dalle amministrazioni centrali, euro 206.000. Peraltro le modalità di calcolo del valore del concorso variano in ragione delle caratteristiche dello stesso, secondo quanto previsto al secondo comma dell'art. 99 del Codice, in conformità peraltro, al secondo paragrafo dell'art. 67 della Direttiva.

alla P.A. può risultare conveniente, piuttosto che individuare un operatore cui affidare il compito di rendere tale progettazione, acquisire sul mercato direttamente il prodotto finale ricercato (progetto o piano che sia), previa messa a confronto delle diverse soluzioni proposte dagli operatori del settore.

Se infatti nell'appalto di servizi di progettazione l'oggetto della selezione è l'*operatore professionale* maggiormente affidabile rispetto al caso concreto, nel concorso di progettazione l'oggetto della competizione è costituito direttamente dagli *elaborati progettuali* predisposti dagli operatori partecipanti alla procedura, con la possibilità quindi per l'amministrazione di scegliere, fra questi, e conseguentemente acquisire, l'elaborato che appaia maggiormente rispondente alle esigenze rappresentate all'atto della indizione della procedura.

***Oggetto della  
selezione  
l'elaborato  
progettuale***

I tratti salienti dell'istituto possono comunque come di seguito sinteticamente riportarsi.

La funzione, è, come detto, quella di acquisire un piano o un progetto di intervento in ordine ad una specifica esigenza rappresentata dalla amministrazione o dall'ente procedente.

Di norma, ma non necessariamente, a fronte di tale acquisizione l'amministrazione riconoscerà un premio al soggetto vincitore del concorso, ed eventualmente dei rimborsi spese a tutti o una parte degli altri partecipanti.

Il Codice demanda al regolamento di attuazione la determinazione dell'ammontare del premio e delle diverse somme da riconoscersi ai partecipanti.

Al vincitore del concorso può, comunque, essere affidato l'incarico di provvedere alle ulteriori fasi di progettazione per la realizzazione dell'intervento, con le modalità della procedura negoziata senza bando (a condizione che tale possibilità sia espressamente rappresentata nel bando di concorso).

***Affidamento al  
vincitore di  
ulteriori fasi di  
intervento  
purchè prevista  
nel bando***

Quando si tratti di progettazione afferente ad interventi di lavori pubblici, non può richiedersi ai concorrenti di predisporre progetti di livello superiore - per contenuti, approfondimento ed analiticità - allo stadio corrispondente alla progettazione preliminare (v.si *infra*, paragrafo X.2), mentre nel caso di progettazione in settori diversi

***Il livello della  
progettazione:  
preliminare nei  
lavori pubblici***

anche tale limite può essere, in astratto, travalicato.

Qualora il concorso di progettazione riguardi un intervento da realizzarsi con il sistema della concessione di lavori pubblici, la proposta ideativa contiene anche la redazione di uno studio economico finanziario per la sua costruzione e gestione.

***anche studio economico e finanziario nella concessione si lavori pubblici***

La procedura di affidamento ricalca quella delle gare soprasoglia (aperte o anche ristrette) ed in particolare quelle da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, stante l'intervento necessario e determinante di apposita commissione giudicatrice, composta da esperti del settore.

***Le due ipotesi di concorso di progettazioneex Codice dei contratti:***

Sono poi previste due distinte ipotesi di concorso di progettazione articolato in due gradi:

- per la prima ipotesi (cfr. art. 109, comma 1, Codice dei contratti), in caso di intervento di particolare rilevanza e complessità, che il concorso sia articolato in due gradi: il primo grado destinato ad individuare i soggetti da ammettere alla fase successiva, previa valutazione delle "proposte di idee" presentate nella prima fase; il secondo grado destinato alla acquisizione di vero e proprio progetto preliminare;
- nella seconda ipotesi (cfr. art. 109, comma 2, Codice dei contratti), il primo grado è costituito da un concorso di progettazione ordinario, destinato quindi a far acquisire all'amministrazione la proprietà di un progetto di livello preliminare, mentre il secondo grado è destinato alla presentazione di progetto definitivo (salva la possibilità, da prevedersi sempre nel bando, che la progettazione definitiva sia affidata direttamente al soggetto vincitore della prima fase).

***I)art.109/1  
- .proposta di idee  
- acquisizione prg preliminare***

***II)art.109/2  
I.concorso di progettazione per il prg preliminare  
II.acquisizione prg definitivo***

Con disposizione, infine, che non trova corrispondenze dirette nella Direttiva Unica, ma che deve ritenersi comunque immanente nel sistema del diritto comunitario, il Codice dei contratti prevede, all'art. 110, che i concorsi (anche *di idee*: v.si paragrafo successivo) di importo inferiore alla soglia comunitaria<sup>64</sup> devono essere espletati, nel rispetto dei principi del Trattato in tema di trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità, con la procedura di cui all'[articolo 57, comma 6, del Codice stesso, vale a dire](#) attraverso la procedura comparativa, cd. di *piccola evidenza pubblica*, prevista per le procedure negoziate in genere.

Una efficace definizione dei concorsi di progettazione si rinviene proviene nella Determinazione n. 3/2000 dell' (ex) Autorità di Vigilanza per i lavori pubblici, intesa a sottolineare la peculiarità di detti concorsi rispetto all'affidamento di servizi di progettazione in regime di appalto: "*Si tratta di procedura (ndr. concorso di progettazione) intesa ad esaltare le sole capacità creative e progettuali dei soggetti partecipanti indipendentemente dalle loro capacità economico-finanziarie e tecnico organizzative*".

Sono ammessi a partecipare ai concorsi di progettazione -fatta eccezione per i soggetti interni alle pubbliche amministrazioni - i medesimi soggetti abilitati a partecipare alle procedure per l'affidamento di servizi di progettazione (v.si *infra*, paragrafo XII.2, lettera b), vale a dire:

***Soggetti ammessi a partecipare***

- liberi professionisti singoli od associati nelle forme di cui alla legge n. 1815/1939;
- società di professionisti;
- società di ingegneria;
- raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti precedenti

### **XIII.2 Concorsi di idee**

Nella definizione del Codice dei contratti, i concorsi di idee sono procedure finalizzate "*all'acquisizione di una proposta ideativa da remunerare con il riconoscimento di un congruo premio*" (art. 108).

Non si rinviene una previsione analoga nella Direttiva Unica, mentre già prima del Codice dei contratti l'istituto trovava una sua regolamentazione agli artt. 57 e 58 del dpr. 554/1999, entrambi applicabili alla Regione Sicilia (fatta eccezione per il primo comma dell'art. 57, relativo, essenzialmente, alle modalità di pubblicizzazione del bando).

***Come i concorsi di progettazione sono una offerta al pubblico***

Come per i concorsi di progettazione, si tratta fundamentalmente di una *offerta al pubblico*, attraverso la quale una amministrazione si impegna a retribuire un determinato prodotto dell'ingegno, individuate previo esperimento di una procedura di natura a tutti gli effetti concorsuale.

Si differenzia invero dai concorsi di progettazione in primo luogo per

l'oggetto delle proposte richieste ai concorrenti, il quale non consiste in uno strumento di progettazione, come per i primi, ma semplicemente nell'ideazione di una determinata soluzione.

**Oggetto:  
ideazione di una  
soluzione**

Fuori dal contesto dei lavori pubblici può trattarsi, ad esempio, di un logo, di uno slogan, di una formula organizzativa per la resa di determinati servizi, etc.

**Nel settore dei  
lavori **pubblici**  
oggetto non  
può essere un  
progetto  
preliminare ma  
po' essere una  
soluzione  
urbanistica/  
architettonica**

Nel contesto dei lavori pubblici, fermo rimanendo che non è consentito utilizzare lo strumento del concorso di idee per acquisire elaborati di livello corrispondente a quello dei progetti preliminari, potrà, ad esempio trattarsi di una determinata soluzione urbanistica od architettonica.

Analogamente a quanto avviene nel caso dei concorsi di progettazione, la stazione appaltante può affidare al vincitore del concorso di idee la realizzazione dei successivi (eventuali) livelli di progettazione, con procedura negoziata senza bando, ad una duplice condizione:

**Affidamento al  
vincitore di  
successivi livelli  
progettuali se:**

- ◆ tale possibilità deve essere espressamente prevista nel bando di indizione della procedura;
- ◆ il vincitore del concorso sia in possesso dei requisiti di capacità tecnico professionale ed economica stabiliti in rapporto ai livelli progettuali da sviluppare.

**previsto nel  
bando**

**il vincitore  
abbia i requisiti  
tecnico  
professionali**

Sono ammessi a partecipare ai concorsi di idee (in ambito lavori pubblici) i medesimi soggetti ammessi a partecipare ai concorsi di progettazione (ovvero: liberi professionisti singoli od associati, società di professionisti, società di ingegneria e raggruppamenti temporanei costituiti da tali soggetti), con una ulteriore importante aggiunta costituita dai lavoratori subordinati abilitati all'esercizio della professione e iscritti al relativo ordine professionale secondo l'ordinamento nazionale di appartenenza, nel rispetto delle norme che regolano il rapporto di impiego, con esclusione dei dipendenti della stazione appaltante che bandisce il concorso.

**I soggetti  
ammessi a  
partecipare**

Sotto il profilo strettamente procedurale, infine, i concorsi di idee sono regolati - in linea di massima, vale a dire nei limiti in cui risultino compatibili - dalle medesime disposizioni poste con riferimento ai concorsi di progettazione.

## I Appendice

### **LA PROCEDURA DI AFFIDAMENTO DEGLI INCARICHI DI PROGETTAZIONE DI ULTIMA SOGLIA.**

**1. Premessa.** L'intervento di riforma e codificazione della materia degli appalti pubblici, culminato (ancorché non in termini di compiuta definitività, attesi i successivi interventi di correzione e modificazione in atto) nel D. Lgs. n. 163/2006 (cd. Codice dei contratti pubblici) si pone in termini di discontinuità rispetto al precedente assetto ordinamentale del settore in questione, tra l'altro, lungo due evidenti coordinate di fondo di chiara ispirazione comunitaria, certamente apprezzabili in termini di principio, ma non sempre scevre da difficoltà e controindicazioni operative:

- da un lato, in luogo della frammentazione regolamentare che anteriormente connotava il nostro sistema legislativo (caoticamente "spalmato" su di una congerie di fonti eterogenee e distinto, sul piano contenutistico, in ragione della tipologia dell'oggetto del contratto da stipulare: servizi, forniture e lavori; sul piano del valore economico e della materia, in ragione rispettivamente del superamento o meno della cd. soglia comunitaria e della natura ordinaria o speciale del settore di riferimento; sul piano delle competenze, in ragione del livello statale, regionale, regolamentare della normativa) si tende alla predisposizione di un *unico testo*, volto a fornire, in linea di massima e salve le specificità del caso, una disciplina uniforme ed omogenea della procedura di evidenza pubblica preordinata alla stipula del contratto, indipendentemente dal suo oggetto e dalla sua rilevanza economico-funzionale.

- Per altro verso, soprattutto nel settore dei lavori pubblici, l'impronta fortemente restrittiva e di rigidità che pervadeva l'intero sistema della normativa sulle opere pubbliche (in ragione del contesto storico-sociale da cui scaturì la L. 109/94 nella sua originaria formulazione), viene del tutto ribaltata in un'opposta visione assiologica per la quale il valore del mercato e della concorrenza necessariamente postula un ben più elevato grado di semplificazione, snellimento e duttilità delle forme di azione delle stazioni appaltanti. In questo senso, vengono in rilievo, ad esempio le scelte in tema di tendenziale fungibilità tra i due criteri di aggiudicazione (prezzo più basso ed offerta economicamente più vantaggiosa); il superamento della separazione netta fra progettazione e realizzazione dei lavori, che potranno essere affidati a un solo soggetto; la rinnovata fiducia con cui si guarda a forme di affidamento diretto o comunque esulanti dalle rigorose formalità delle procedure concorsuali (si pensi all'ampliamento delle ipotesi di procedura negoziata senza bando; alle nuove figure del dialogo competitivo e dell'accordo quadro; alla disciplina degli affidamenti in economia; ecc).

Nondimeno, anche dal confronto con le ben più perentorie opzioni formulate in sede di Legge delega, emerge la preoccupazione che tali previsioni normative consentano la (ri)emersioni di prassi operative che, in nome dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa, celano forme di strumentalizzazione e distorsione in settori particolarmente delicati in ragione degli interessi coinvolti: è il caso delle modalità di affidamento degli incarichi di progettazione esterna.

**2. La precedente disciplina degli incarichi di progettazione e la giurisprudenza formatasi sul punto.** La materia del procedimento per l'affidamento dell'incarico professionale di cd. ultima soglia, fino all'entrata in vigore della Legge 18 aprile 2005 n. 62 (cd Legge Comunitaria per il 2004, recante altresì la delega per la redazione di in unico testo in materia di appalti pubblici) e del D. Lgs. n. 163/2006 (recante il cd. Codice dei contratti pubblici), è stata disciplinata dall'art. 17, comma 12, l. n. 109/94, nel testo, da ultimo, novellato dall'art. 7, comma 1, lett. i) n. 5) della l. 1° agosto 2002 n. 166, che così recitava :

*" Per l'affidamento di incarichi di progettazione ovvero della direzione dei lavori il cui importo stimato sia inferiore a 100.000 euro le stazioni appaltanti per il tramite del responsabile del procedimento possono procedere all'affidamento ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e) f) e g), di loro fiducia, previa verifica dell'esperienza e della capacità professionale degli stessi e con motivazione della scelta in relazione al progetto da affidare".*

La elaborazione pretoria risultava consolidata intorno ad alcuni principi che possono così riassumersi:

- l'art. 17, comma 12, l. 11 febbraio 1994 n. 109, nel disciplinare la procedura di affidamento degli incarichi di progettazione, non impone di provvedere attribuendo rilievo esaustivo e determinante ai curricula, ma soltanto che il processo di valutazione comparativa dei concorrenti deve prendere le mosse dalla verifica del possesso, documentato attraverso i curricula stessi, di capacità professionali adeguato all'incarico da attribuire (Cons. St. Sez. V 10 giugno 2002 n. 3206);

- la scelta dei professionisti con cui stipulare un contratto d'opera impone all'amministrazione, che abbia a tal fine emanato un avviso pubblico con invito ai professionisti interessati a presentare i curriculum, soltanto di dar conto di avere effettivamente proceduto alla scelta dopo la comparazione dei curricula pervenuti; non si possono sovrapporre la scelta fiduciaria - fatta di apprezzamenti soggettivi circa le qualità professionali e l'idoneità a soddisfare le esigenze del committente - e la scelta concorsuale costituita dall'applicazione di criteri oggettivi e predeterminati; stante l'incompatibilità logica tra le due cose e perché tale sovrapposizione, del resto, da una parte costituirebbe una garanzia puramente illusoria e dall'altra sarebbe perpetuamente censurabile da chi non è stato prescelto (Cons. St. Sez. V 19 febbraio 2004 n. 667);

- per l'affidamento dell'incarico di progettazione ex art. 17 l. 11 febbraio 1994 n. 109, è legittima la valutazione di carattere generale ancorata sia alla

comprovata capacità tecnico-professionale sia alla specifica esperienza nella progettazione richiesta, e non è necessaria una comparazione analitica e puntuale di tutti i curricula sulla base di criteri predeterminati (Cons. St. Sez. V 7 aprile 2003 n. 1834);

- in materia di affidamento di incarichi di progettazione all'esterno, la Pubblica Amministrazione deve dare conto delle ragioni di preferenza accordata, in relazione agli indici di esperienza e di specifica capacità professionale, desunti dal curriculum del professionista prescelto (Tar Campania - Salerno Sez. I 31 marzo 2005 n. 327).

In sostanza, la citata elaborazione giurisprudenziale deve stimarsi ormai consolidata in ordine ad alcuni punti e segnatamente in ordine alla necessità che l'affidamento esterno sia motivato con riferimento all'esperienza del professionista ed alla specifica capacità professionale del soggetto esterno, e non anche e necessariamente in ordine alla comparazione dei curricula, intesa come confronto stringente ed oggettivo tale da condurre ad una graduatoria necessariamente legata ad elementi precisi ed univoci, quali ad es. il numero delle opere progettate, il valore delle opere, la rilevanza delle opere, bensì alla comparazione intesa quale effettiva valutazione dei curricula presentati; nonché in ordine al principio per il quale il conferimento di un incarico di progettazione che consegua all'esperimento di procedura amministrativa attivata con avviso pubblico, non può assimilarsi ad una vera e propria procedura concorrenziale secondo i crismi dell'evidenza pubblica (Cons. St. Sez. V 10 febbraio 2004 n. 500).

Configurandosi al riguardo una scelta fiduciaria (tale la definiva la disposizione che governava il relativo procedimento) - sia pur operata all'esito di apposita selezione - fatta di apprezzamenti soggettivi circa le qualità professionali e l'idoneità a soddisfare le esigenze del committente, la giurisprudenza del giudice amministrativo richiedeva soltanto che essa non fosse slegata dalla necessaria motivazione che doverosamente doveva presiedere gli atti amministrativi per effetto dei principi generali introdotti dalla legge n. 241/90, e che tale motivazione, in ossequio alle coordinate tracciate dalla relativa disposizione normativa, desse conto dell'esperienza e delle capacità professionali del soggetto prescelto con specifico riferimento al progetto da affidare.

Non mancavano, peraltro, già nel vigore della precedente disciplina, interventi giurisprudenziali volti a rafforzare le garanzie partecipative di coloro che concorrevano al conferimento degli incarichi di progettazione di ultima soglia, anticipando in una certa qual misura le novità introdotte nel biennio 2005/2006.

Così, ad esempio, si è statuito che l'affidamento di incarichi di progettazione di valore sotto soglia non può considerarsi svincolato da qualsiasi onere istruttorio e motivazionale, essendo pur sempre necessaria la previa verifica dell'esperienza e della capacità professionale dei professionisti esterni di fiducia dell'ente (con comparazione dei curricula), nonché un'effettiva motivazione della scelta in relazione al progetto da affidare. Pertanto è illegittimo il provvedimento di incarico dotato di motivazione solo apparente, che non spiega in alcun modo



le ragioni della ritenuta idoneità (rectius: maggiore idoneità) dei controinteressati all'incarico, utilizzando una clausola meramente formale, vuota di contenuti effettivi, che andrebbe indifferentemente bene anche per l'attribuzione dell'incarico a qualunque altro concorrente. (T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 19 dicembre 2005 , n. 20462).

Peraltro, in senso parzialmente contrario, si era già espresso il medesimo giudice amministrativo partenopeo, temperando i principi sopra affermati e precisando che l'amministrazione, anche quando scelga di affidare gli incarichi di progettazione, d'importo inferiore ad euro 100.000 e senza esperimento di una formale procedura di aggiudicazione, come le è consentito dall'art. 7 comma 1, l. n. 166 del 2002, deve motivare la propria scelta dando sì conto delle ragioni della preferenza accordata, in relazione agli indici di esperienza e specifica capacità professionale desunti dal "curriculum" del professionista prescelto, ma nondimeno non è richiesta una comparazione analitica e puntuale dei "curriculum" di tutti i partecipanti sulla base di criteri predeterminati. (T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 03 marzo 2005 , n. 1547).

**3. L'ultima formulazione della art. 17 L. Merloni nel testo introdotto dalla L. Comunitaria 2004.** La novella di cui all'art. 24, comma 5, l. 18 aprile 2005 n. 62, c.d. legge comunitaria per il 2004, recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità europea, contiene una (prima) diversa disciplina degli affidamenti di valore inferiore a 100.000 (accogliendo le censure della Unione Europea nella procedura di infrazione che la stessa ha intentato contro l'Italia nella materia de qua ed anticipando il complessivo intervento codificatore in ragione dell'impellenza di adeguare il diritto interno a quello comunitario): da un lato, scompare il discusso riferimento alla "fiducia" presente nel pre-vigente testo normativo; dall'altro, la disciplina de qua viene conformata ai criteri di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, giusta indicazione emergente dalla recente Direttiva 2004/18/CE.

La citata novella rappresenta, quindi, il punto di arrivo di una successiva stratificazione normativa che, a partire dall'originaria formulazione dell'art. 17 della l. n. 109/94, configura un progressivo abbandono del modello dell'affidamento diretto degli incarichi tecnici da parte dell'organo giuntale, in carenza di adeguata pubblicità, per introdurre il diverso modulo dell'affidamento degli incarichi sotto soglia, non puramente concorsuale, previa pubblicità e con obbligo di motivazione: può sinteticamente affermarsi che, già con il D.P.R. n. 554/99, gli incarichi fiduciari, consentiti fino a 40.000 euro, ex art. 62, comma 1, del citato D.P.R., dovevano essere preceduti da adeguata pubblicità e l'affidamento doveva essere reso noto con adeguate formalità, in uno alle motivazioni della scelta; fermo restando, per gli importi superiori a tale cifra, le formalità proprie di una procedura concorsuale.

Tale connotazione di fondo resta sostanzialmente immutata fino alla Merloni - ter, per essere poi modificato, come visto in precedenza, con la Merloni-quater

(l. 1 agosto 2002 n. 166) che eleva da 40.000 a 100.000 la soglia dell'importo dei progetti da affidare, per il tramite del responsabile del procedimento, ai soggetti di fiducia delle amministrazioni, previa verifica dell'esperienza e della capacità professionale degli stessi e con motivazione della scelta in relazione al progetto da affidare.

La giurisprudenza ha prontamente colto la carica di innovatività sottesa all'intervento del 2005, evidenziandosi come in tema di affidamento di incarichi di progettazione ovvero della direzione dei lavori di importo stimato inferiore a 100.000, l'art. 17 comma 12, l. 11 febbraio 1994, n. 109, nel testo risultante dalla modifica introdotta dall'art. 24, l. 18 aprile 2005, n. 62, sebbene non introduca una nuova procedura concorsuale tipica, essendo ispirata da intenti di semplificazione e speditezza dell'azione amministrativa, impone alle stazioni appaltanti di procedere agli affidamenti nel rispetto dei principi, di chiara ispirazione comunitaria, di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza; detti principi, impongono senz'altro alle stazioni appaltanti di dare adeguata pubblicità ai criteri di valutazione prescelti, di garantire la massima partecipazione alla procedura selettiva, di procedere alla scelta dell'affidatario sulla base di una valutazione comparativa dei curricula pervenuti, e di motivare in ordine alle ragioni della scelta medesima, con la conseguenza che, pur nell'ottica della massima semplificazione e speditezza correlata al limitato importo dell'incarico da affidare, le stazioni appaltanti non possono prescindere per gli affidamenti dall'osservanza di una procedura di evidenza, esternando adeguatamente, nel rispetto del principio di trasparenza, le ragioni sottese alla scelta dell'affidatario. (cfr., T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 16 gennaio 2006, n. 21 Corriere del merito 2006, 3)

Utili indicazioni al riguardo sono state rese Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con la Determinazione 19.01.2006, n. 1/06 (Gazzetta Ufficiale 14 febbraio 2006, n. 37), la quale nell'esplicare il significato dei richiamati principi comunitari – i quali costituiscono altrettanti corollari del generale principio comunitario della tutela della libera concorrenza, in base al quale si intende garantire a ciascun potenziale concorrente le stesse possibilità di partecipazione alle procedure di gara e l'imparzialità della relativa azione amministrativa - e dei correlati strumenti di attuazione ha elaborato le seguenti considerazioni

- i servizi di ingegneria di importo inferiore a 100.000 euro devono essere affidati dalle stazioni appaltanti previo esperimento di una procedura competitiva e comparativa, che dovrà essere preceduta dalla pubblicazione di un avviso, divulgato con modalità adeguate alla rilevanza dell'affidamento (ad esempio l'Albo pretorio, il sito internet, l'Albo della stazione appaltante...) e diffuso ai rispettivi Ordini professionali, al fine di raggiungere la più ampia sfera di potenziali professionisti interessati all'affidamento; l'Autorità, a questo proposito, insiste sulla necessità di assicurare adeguati tempi di pubblicazione;

- gli avvisi per l'affidamento dei servizi di ingegneria devono contenere gli elementi essenziali costituenti l'oggetto della prestazione, il relativo importo presunto, il tempo massimo per l'espletamento dell'incarico, il termine di

ricezione delle offerte non inferiore a ventisei giorni dalla data di pubblicazione dell'avviso ed ogni altro ulteriore elemento di cui all'articolo 63 del D.P.R. 554/1999 ritenuto utile, nonché i criteri che verranno utilizzati per l'affidamento;

- i requisiti richiesti ai partecipanti alla selezione dovranno essere proporzionali all'incarico da affidare; è dunque esclusa la possibilità di richiedere i requisiti previsti per incarichi appartenenti a fasce superiori di importo;

- il merito tecnico da esaminare nella fase di ammissione alla selezione dovrà riguardare elementi meramente quantitativi (accertamento dell'importo dei lavori appartenenti alle stesse classi e categorie dell'opera oggetto dell'incarico, eseguiti in periodo anteriore alla data del bando). Al contrario, il merito tecnico da valutarsi nella fase di affidamento dovrà intendersi con riguardo alle caratteristiche qualitative di progetti in precedenza redatti e presentati, che l'offerente ritiene rappresentativi della propria capacità progettuale e affini all'opera da progettare per tipologia ed importo.

In particolare, il principio di non discriminazione comporta, secondo la suddetta determinazione, il divieto di effettuare una selezione di concorrenti privilegiando coloro che esercitano prevalentemente la loro attività nello stesso ambito territoriale in cui devono essere svolte le prestazioni. È invece possibile istituire un elenco di professionisti presso le singole stazioni appaltanti, a patto che:

- siano previsti idonei meccanismi riguardanti il relativo aggiornamento periodico, anche semestrale;

- si adottino adeguate forme di pubblicità per garantire ai professionisti in possesso dei prescritti requisiti il diritto di iscriversi all'albo stesso, senza limitazioni temporali;

- criteri e requisiti per la formazione dell'albo siano adeguatamente pubblicizzati (come richiesto anche dall'art.62, comma 1 del DPR 554/1999). Per "adeguata pubblicità" secondo l'Autorità di Vigilanza deve intendersi quindi quella pubblicità che, seppure semplificata, permette di raggiungere la più ampia sfera di potenziali professionisti interessati all'affidamento, in relazione all'entità ed all'importanza dell'incarico, tenendo anche conto del contesto ambientale e di mercato.

#### **4. La nuova disciplina del Codice dei Contratti Pubblici (D. Lgs. N. 163/2006: Capo IV – Progettazione e concorsi di progettazione. Sezione I – Progettazione interna ed esterna, livelli della progettazione Artt. 90-112).**

Il Codice dei Contratti, quanto alle caratteristiche sostanziali della progettazione esterna, ha, da un lato, riaffermato il principio della priorità della progettazione interna. Ed, invero, l'art. 90, comma 4 (che ripropone il comma 4 dell'art. 17 della Merloni) elenca (in modo da ritenersi tassativo) le ipotesi in cui è possibile affidare a soggetti esterni attività di progettazione e quelle tecnico-amministrative ad essa connesse:

- carenza di organico tecnico nelle stazioni appaltanti;

— difficoltà di rispettare i tempi della programmazione dei lavori o di svolgere i compiti d'istituto;

— lavori particolarmente complessi o di rilevanza ambientale od architettonica;

— necessità di predisporre progetti integrali (progetti elaborati in forma completa e dettagliata in tutte le sue parti, architettonica, strutturale e impiantistica: art. 2 Regolamento) che richiedano l'apporto di competenze diversificate.

Ove ricorrano queste ipotesi, il responsabile del procedimento le accerta e le certifica.

Sul piano tipologico-contenustico deve osservarsi che fino alla Merloni ter, l'art. 17, comma 4 della legge quadro ammetteva esplicitamente l'affidamento a progettisti esterni della redazione del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo o di parti di esso, nonché lo svolgimento di attività tecnico-amministrative. Dopo la L. 415/1998 e tutt'ora nella formulazione del Codice, il ricorso a progettisti esterni per l'effettuazione di singole parti dell'attività progettuale non sembra più essere possibile: la norma, infatti, dispone che oggetto dell'affidamento può essere solo uno o più dei livelli progettuali. L'art. 91, comma 4, inoltre, dispone che le progettazioni definitiva ed esecutiva sono affidate, in via generale, al medesimo soggetto (non importa se pubblico o privato) salvo che particolari ragioni, accertate dal responsabile del procedimento, consiglino diversamente. Qualora i due livelli di progettazione siano affidati a soggetti diversi, il nuovo progettista dovrà esplicitamente accettare l'attività progettuale svolta dal predecessore.

L'affidamento può ricomprendere entrambi i livelli di progettazione, fermo restando che l'avvio di quello esecutivo resta sospensivamente condizionato alla determinazione della stazione appaltante sulla progettazione definitiva. Interessanti sono altresì le disposizioni che prevedono, per i progettisti interni, l'impossibilità di svolgere incarichi professionali nell'ambito territoriale dell'ufficio di appartenenza, qualora abbiano un rapporto a tempo parziale (art. 90, comma 4; si veda anche il disposto di cui all'art. 91, comma 8, che vieta l'affidamento di attività di progettazione, direzione, lavori, collaudo, indagine ed attività di supporto a mezzo di contratti a tempo determinato od altre procedure diverse da quelle previste dalla legge); e, per i progettisti incaricati, il divieto di partecipazione alla gara per l'aggiudicazione dei lavori dell'opera progettata (art. 90, comma 8), divieto che vale anche per le imprese collegate e controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c. (residuando il problema della rilevanza delle situazioni di cc.dd. controllo di fatto, secondo la più ampia previsione di cui all'art. 34, ult. comma, D. Lgs 163/06. Sul punto cfr. Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici Determinazione n. 1/2007 di 29 marzo 2007 "Partecipazione di concorrenti a gare di progettazione".).

Con specifico riguardo alla disciplina procedimentale degli incarichi di progettazione da affidare all'esterno, il Codice Contratti, a differenza della previgente legge quadro che prevedeva tre diverse fasce di incarichi (fino a 100.000

euro, da 100.000 alla soglia comunitaria, sopra soglia), individua ora una soglia unica e distingue:

- gli incarichi superiori a 100.000 euro che devono affidarsi secondo le procedure previste nella parte II del Codice.

- gli incarichi di importo inferiore ai 100mila euro che possono affidarsi mediante procedura negoziata senza la preventiva pubblicazione di un bando (si consideri però la possibilità di affidamento diretto da parte del RUP degli incarichi fino a € 20.000,00 ai sensi dell'art. 125 dello stesso codice. Sul punto si rinvia alle recenti indicazioni fornite dall' Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con la Determinazione n. 4/2007 del 29 marzo 2007, riportata per esteso nell'allegato al presente scritto.

Per questi ultimi la nuova normativa, se da un lato conferma le indicazioni di cui alla legge delega, dall'altro introduce un ulteriore – di non sempre facile comprensione sia nelle sue motivazioni che nella sua portata precettiva – passaggio dispositivo di tipo procedurale

La norma in questione è costituita dall'art. 91, comma 2 del Codice, in base alla quale

*2. Gli incarichi di progettazione di importo inferiore alla soglia di cui al comma 1 possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f), g) e h) dell'articolo 90, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei.*

Ne deriva che gli incarichi in esame possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, **a cura** del responsabile del procedimento nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza **e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6, vale a dire una procedura negoziata (senza previa pubblicazione di un bando) cui invitare almeno cinque soggetti.**

*6. Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico – finanziaria e tecnico – organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando.*

a) La prima novità concerne la posizione ed il ruolo del RUP nella procedura di affidamento degli incarichi di progettazione di ultima soglia.

Sul punto la precedente formulazione – “ per il tramite del responsabile del procedimento” – aveva ingenerato dubbi interpretativi in ordine sia al rapporto tra personale burocratico e organi di indirizzo politico, sia tra dirigente preposto all'ufficio competente ed il soggetto investito della responsabilità del procedimento.

Al riguardo, in ossequio alla più coerente e rigorosa interpretazione del sistema di competenze nel rinnovato quadro dell'organizzazione amministrativa, viene precisato, implicitamente ma univocamente, che, alla medesima stregua delle altre forme di affidamento di servizi, è in modo certo da escludersi un'attribuzione di competenza nella materia in questione all'organo politico-amministrativo.

È noto che l'art. 3 del D.Lgs. n. 29/1993 e poi l'art. 4 del D.Lgs. n. 165/2001, che sono norme che esprimono per espresso dettato dell'art. 1 dei medesimi D.Lgs. un principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico, hanno sancito la separazione tra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo in capo agli organi di governo, e le funzioni di gestione amministrativa della cosa pubblica in capo ai dirigenti delle Pubbliche Amministrazioni. In coerenza al suddetto principio ai dirigenti degli Enti Locali è dall'art. 107 del T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali specificamente attribuita la competenza in materia di procedure concorsuali d'appalto; ed in consonanza con il carattere di principio fondamentale espresso dalla normativa in materia, il citato art. 107 del T.U. ha stabilito che le attribuzioni dei dirigenti non possono essere oggetto di deroga se non per espressa e specifica disposizione legislativa e che le disposizioni legislative che conferiscono agli organi di governo l'adozione di atti di gestione e di emissione di provvedimenti amministrativi s'intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti. Orbene in forza del quadro di principio e normativo richiamato è in modo certo da escludersi un'attribuzione di competenza nella materia in questione all'organo politico-amministrativo. Invero già la pre-vigente disposizione legislativa da ultimo citata stabiliva che la stazione appaltante dovesse procedere alla scelta del contraente "per il tramite del responsabile del procedimento," e ciò, in base al solo tenore letterale della norma, è già sufficiente ad escludere la competenza in materia della Giunta Municipale. Se poi si tiene conto della nuova disposizione e la si legge, come i canoni di corretta ermeneutica esigono, con riferimento al descritto quadro di principio e normativo, non può sorgere dubbio che in materia la competenza non è attribuita alla G.M. ma al Dirigente dell'Ufficio.

b) In secondo luogo e soprattutto, il Codice delinea alcuni passaggi procedurali ma, in attesa di una disciplina regolamentare sul punto, residuano ancora importanti aspetti di discrezionalità delle Stazioni appaltanti e dubbi interpretativi

b1) Sul piano dell'efficacia temporale del *novum* in questione, può discutersi se il rinvio operato con riferimento al disposto di cui all'art. 57,

co. 6 (norma attualmente sospesa fino al 31.07.2007 per effetto del secondo correttivo operato dal D. Lgs. N. 6/2007) comporti la temporanea inoperatività anche della norma richiamante ovvero quest'ultima, secondo il modello del rinvio fisso e con soluzione ermeneutica che appare maggiormente fondata, non abbia una sfera di efficacia del tutto autonoma ed indipendente dalla sorte normativa della disposizione richiamata.

b2) Sul piano sostanziale, non vi è dubbio che, sulla scia della ratio già sottesa alla riforma del 2005, la scelta del progettista esterno postuli

- a monte una iniziale fase di pubblicità che, attraverso la congrua conoscibilità dell'avviso, faccia emergere le intenzioni della pubblica amministrazione. Di qui l'indicazione, tra l'altro, dell'oggetto dell'affidamento, i requisiti minimi di partecipazione ed i criteri oggettivi di selezione.

- a valle una selezione di stampo comparativo (tra almeno cinque soggetti) con motivazione non meramente idoneativa ma di preferenza sulla scorta di prefissati parametri ed in base al criterio indicato in sede di avviso, il quale potrebbe, in tutto od in parte strutturarsi esemplificativamente secondo il seguente schema

a) capacità tecnico economica della struttura professionale con particolare riguardo ai servizi prestati per la Pubblica Amministrazione.

b) capacità tecnico economica specifica relativa ad opere della stessa categoria/tipologia realizzate negli ultimi anni;

c) caratteristiche qualitative di progetti in precedenza redatti, che l'offerente ritiene rappresentativi della propria capacità progettuale e affini all'opera da progettare per tipologia;

d) offerta economica; in considerazione dell'importanza dell'opera e del decoro della professione, così come stabilito dall'art. 2233 c.c.;

e) tempi di espletamento dell'incarico in considerazione dell'importanza dell'opera e del decoro della professione, così come stabilito dall'art. 2233 c.c.

f) presenza, in un gruppo di professionisti, di un giovane con iscrizione all'albo inferiore ai 5 anni dalla data del presente.

Al riguardo deve rammentarsi come la nuova normativa, accanto al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa previa verifica dei requisiti di qualificazione previsti, preveda la possibilità che l'affidamento abbia luogo secondo il metodo automatico ed oggettivo del "prezzo più basso" (eventualmente corretto con il sistema dell'esclusione automatica delle offerte anomale), secondo una tipologia attualmente resa in concreto operativa ed utilizzabile come criterio nella progettazione per effetto della discussa abrogazione dei minimi tariffari conseguente al cd. "Decreto Bersani (L. 248/06). Sul punto si rinvia alle recenti indicazioni

fornite dall' Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con la Determinazione n. 4/2007 del 29 marzo 2007.

- Residua il problema centrale tendente a stabilire quale sia il metodo attraverso cui selezionare gli almeno cinque candidati tra cui avviare la fase competitiva in senso stretto. Ed, invero, escluso che la norma imponga la pubblicazione di un bando di gara (in tal senso va innanzi tutto colto il rinvio alla procedura negoziata senza bando, per la quale è prevista l'individuazione degli operatori da consultare "sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico-finanziarie e tecnico-organizzative desunte dal mercato"), non emergono dalla norma sicuri indici ermeneutici per stabilire in che modo le stazioni appaltanti possano dedurre queste informazioni, stante altresì l'assenza di un sistema di qualificazione dei progettisti.

Sul punto paiono ipotizzabili due antipodiche ricostruzioni interpretative

I) La norma impone un procedimento strutturato in termini trifasici:

A) una Fase iniziale connessa alla redazione e diffusione dell'avviso, recante, tra l'altro, i criteri oggettivi di selezione dei candidati da invitare alla procedura competitiva (eventualmente insieme ai criteri ed ai punteggi per l'individuazione della migliore offerta pervenuta dai candidati selezionati, fermo restando che tale adempimento può essere temporalmente differito alla fase dell'invito a presentare l'offerta)

B) una Fase intermedia, definibile in senso lato di prequalificazione, che giunga a designare tra coloro che hanno dimostrato il possesso dei requisiti minimi di ammissione, gli almeno cinque candidati da invitare alla fase strettamente competitiva

C) una Fase finale, di competizione in senso stretto, nella quale gli almeno cinque candidati selezionati verranno invitati a presentare l'offerta, la cui valutazione, secondo i criteri sopra descritti, porterà alla scelta del progettista.

Si tratta con evidenza di un sistema fortemente modellato sullo schema dell'evidenza pubblica e certamente conforme rispetto ai segnalati e vincolanti principi comunitari di concorrenza; nondimeno, per un verso, siffatta selezione rischia di compromettere le altrettanto significative esigenze di semplificazione che dovrebbero caratterizzare l'affidamento di incarichi di non rilevante importo e complessità (tanto che la stessa procedura d'infrazione avviata contro il nostro precedente sistema non imponeva l'obbligo di rispettare una procedura concorsuale tipica); e, dall'altro, rischia paradossalmente di presentarsi come



maggiormente complessa ed articolata rispetto all'affidamento di incarichi di progettazione di importo compreso tra 100.000,00 euro e la soglia comunitaria, per i quali l'art. 125 del D. Lgs. N. 163/2006 prevede la possibilità che, con atto interno che espliciti l'intenzione dell'amministrazione di acquistare servizi (in genere ed in specie) di progettazione, rende legittima l'applicazione della semplificata procedura dell'acquisto in economia (essendo ivi statuito soltanto l'obbligo per le stazioni appaltanti, senza previa pubblicità, di invitare almeno cinque candidati in possesso dei requisiti richiesti e di aggiudicare mediante un predeterminato criterio di selezione)

II) All'opposto, la norma – anche per frenare gli eccessi garantisti prontamente emersi nella prima e citata giurisprudenza applicativa della Legge comunitaria per il 2004 – ha inteso circoscrivere la portata filo-concorrenziale sottesa all'applicazione dei menzionati principi comunitari soltanto alla fase competitiva tra i cinque soggetti, la cui preliminare scelta tuttavia non soggiace a vincoli comparativi, potendosi operare la relativa individuazione al di fuori di criteri oggettivi e predeterminati, salvo il possesso dei requisiti di qualificazione ed il vincolo di rotazione (non è chiaro se soltanto nei confronti del vincitore finale, non precludendo agli altri quattro di immediatamente concorrere in nuove procedure di affidamento; ovvero estendendo anche a questi ultimi il meccanismo rotativo, sull'altrettanto valido presupposto per cui comunque agli stessi è stata riconosciuta l'astratta possibilità di concorrere per l'aggiudicazione, ma con il rischio di abusi e strumentalizzazioni ad *excludendum*). In altri termini, è stata avanzata la tesi che la nuova norma reintroduca – riveduto e corretto – un meccanismo di scelta fiduciaria sia pure tra i 5 competitori finali (i quali, anche se necessariamente in possesso dei prescritti requisiti, nondimeno possono essere scelti fiduciarmente a parità di requisiti), salva la loro rotazione, per effettuare una procedura di gara, con uno dei metodi indicati, fra questi soli cinque.

E ciò, se indubbiamente comporta un recupero di semplificazione, speditezza ed efficienza (sub specie di celerità e duttilità degli strumenti giuridici rispetto al fine da perseguire), nondimeno pone immediati problemi di compatibilità con il diritto comunitario nella misura in cui reintroduce un nuovo momento di "fiduciarità" che va in controtendenza con la L. 62/2005. Ecco quindi che la parabola normativa, lungi dal considerarsi completata, rischia di mutarsi in pericolosa sinusoide in cui alti e bassi, tensione concorrenziale-comunitaria e spinta fiduciario-nazionale si alternano in una sequenza non lineare (e per certi versi caotica) su cui la giurisprudenza amministrativa dovrà necessariamente intervenire per porre chiarezza, in attesa di un probabile, ulteriore aggiustamento normativo di stampo legislativo-interno (eventualmente anche in sede di normazione regionale o regolamentare) ovvero di un ennesimo procedimento di infrazione in sede comunitaria.

## **5. Conclusione. L'esperienza giuridica siciliana.**

È evidente peraltro come, in questa come in altri affini questioni (conferimenti di incarichi legali), un'equilibrata soluzione potrebbe essere rappresentata dalla creazione di un apposito albo, distinto in sezioni, periodicamente aggiornato e costituito secondo modalità di selezione comunitariamente conformi: cfr. **Commissione Europea - Comunicazione Interpretativa 23.6.2006** Sul diritto comunitario applicabile agli appalti pubblici non soggetti in tutto o in parte alle disposizioni delle direttive comunitarie sugli appalti Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici (G.U.U.E. 1 agosto 2006, n. C 179: il cui testo è riportato in calce al presente scritto), nell'ottica di un necessario contemperamento tra le coesistenti ed antipodiche esigenze di semplificazione e celerità dell'azione amministrativa, per un verso, e del rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, dall'altro.

In tal senso l'esperienza siciliana – ove l'Assessorato Regionale dei LL.PP. ha chiarito con Circolare del 18/9/2006 che il D. Lgs. 163/2006 è immediatamente applicabile per le forniture dei beni e appalti dei servizi – si segnala, da un lato, per la tempestiva approvazione della L.R. 29/11/2005 n.16 che, nel modificare l'art.17, comma 11 della L. 109/94 con le modifiche e integrazioni in Sicilia recepisce il principio “di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza”, anche nel caso di prestazioni professionali d'importo stimato sotto i 100.000 euro, esclusa IVA, superando il pregresso sistema di affidamenti fiduciari e diretti senza obbligo di gara); dall'altro - anche alla luce delle osservazioni formulate dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici con Determinazione del 29/3/2007 n.4 (secondo cui i servizi tecnici di importo stimato sotto i 100.000 euro, esclusa IVA, possano essere affidati dalle stazioni appaltanti ai sensi dell'art.91, comma 2 del Codice previo esperimento di una procedura competitiva e comparativa con modalità di pubblicità adeguate, quali albo pretorio, sito internet, diffusione presso i rispettivi ordini professionali) - l'Assessorato Regionale dei LL.PP. con la successiva Circolare del 18-22/12/2006 (G.U.R.S. n.1 del 5/1/2007), nel rinviare alle disposizioni di cui all'art.17 della L.109/94, in particolare al comma 9 (importi di rilevanza comunitaria) e al comma 10 (importi sotto soglia ma superiore a 100.000 euro esclusa IVA), richiama l'obbligo in capo alle stazioni appaltanti di instaurare, nel caso di affidamento degli incarichi d'importo stimato inferiore a 100.000 euro, esclusa IVA, la procedura negoziata secondo quanto previsto dall'art.91, comma 2 e dall'art.57 comma 6, invitando almeno 5 operatori inseriti in albi di fiducia appositamente costituiti. Inoltre, l'Assessorato Regionale dei LL.PP. con Circolare del 30/3/2007 (G.U.R.S. n.16 del 13/4/2007), nel richiamare la succitata Determinazione n.4/2007 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, pone in rilievo la possibilità per gli enti di procedere all'affidamento diretto per le prestazioni professionali d'importo stimato inferiore a € 20.000, esclusa IVA, purchè tali prestazioni siano ricomprese, in un apposito

regolamento interno, fra i servizi acquisibili in economia ai sensi dell'art.125, comma 11 del Codice.

Su tali scorte, la Presidenza della Regione siciliana, tra i primi, ha diramato un avviso pubblico per la costituzione dell'albo relativo all'affidamento di incarichi di importo inferiore a 100.000 euro iva esclusa, relativi agli interventi, finanziati dalla Presidenza della Regione ed uffici afferenti, aventi natura di lavori pubblici. Sezione a - affidamento degli incarichi di collaudo di cui all'art. 28, comma 5, della legge n. 109/94, come modificato ed integrato dalla legge regionale n. 7/2002 e successive modifiche ed integrazioni; Sezione b - affidamento degli incarichi di cui all'art. 17, comma 11, della legge n. 109/94, come modificato ed integrato dalla legge regionale n. 7/2002 e successive modifiche ed integrazioni. In esso, il Dirigente Generale dell'Ufficio del Sovrintendente di palazzo d'Orleans e dei siti presidenziali - richiama la citata circolare dell'Assessorato regionale dei lavori pubblici 22 dicembre 2006, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Regione siciliana del 5 gennaio 2007, n. 1 riguardante "Affidamento delle attività di studio, progettazione, direzione dei lavori e accessori, art. 17, commi 10 e 11, della legge n. 109/94, nel testo coordinato con le leggi regionali. Regime dei minimi tariffari, D.L. 4 luglio 2006, n. 223. Affidamento incarichi di collaudo a professionisti esterni, art. 28 della legge n. 109/94, nel testo coordinato con le leggi regionali"- rende noto che "questa Presidenza, nell'ottica della semplificazione e celerità dell'azione amministrativa, al fine di consentire il rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, nell'affidamento di incarichi di collaudatore tecnicoamministrativo, di collaudatore statico e nell'affidamento di incarichi ai professionisti, di cui all'art. 17, comma 11, della legge n. 109/94, come modificato ed integrato dalla legge regionale n. 7/2002 e s.m.i., il cui importo stimato sia inferiore ad € 100.000,00, I.V.A esclusa, intende dotarsi di un apposito albo. Il suddetto albo distinto in Sezione A e Sezione B, viene redatto secondo le indicazioni della citata circolare 22 dicembre 2006 emanata dall'Assessorato regionale dei lavori pubblici e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Regione Siciliana del 5 gennaio 2007, parte I, n. 1. La sezione A dell'albo concerne i collaudatori degli interventi aventi natura di lavori pubblici, finalizzata all'affidamento di incarichi il cui importo stimato sia inferiore ad € 100.000,00, I.V.A. esclusa, ai sensi dell'art. 28 della legge n. 109/94 come modificato ed integrato dalla legge regionale n. 7/2002 e successive modifiche ed integrazioni. La sezione B dell'albo concerne i professionisti per l'affidamento di incarichi, il cui importo stimato sia inferiore ad € 100.000,00, I.V.A. esclusa, di cui all'art. 17, comma 11, della legge n. 109/94 come modificato ed integrato dalla legge regionale n. 7/2002 e successive modifiche ed integrazioni".

Si precisa inoltre che "la formazione degli elenchi non pone in essere nessuna procedura selettiva, concorsuale, paraconcorsuale, né parimenti prevede alcuna graduatoria di merito delle figure professionali, ma semplicemente definisce l'individuazione di soggetti ai quali rivolgere l'invito per l'affidamento degli incarichi professionali di importo inferiore ad € 100.000,00,

escluso I.V.A. L'inserimento nell'albo è subordinato all'esito positivo dell'esame relativamente alla completezza della domanda inoltrata. Non saranno considerate le istanze prive parzialmente o completamente degli allegati richiesti, nè tutte le istanze pervenute in data precedente alla pubblicazione del presente avviso nella Gazzetta Ufficiale della Regione Siciliana. [...] L'inserimento nel suddetto albo è condizione necessaria per l'affidamento degli incarichi, di cui al presente avviso. L'Amministrazione per l'affidamento degli incarichi di cui si tratta, fatto salvo quanto previsto dall'art. 18 della legge n. 109/94 come modificato ed integrato dalla legge regionale n. 7/2002 e successive modifiche ed integrazioni, esperirà, di volta in volta, selezione comparativa tra i soggetti iscritti nell'albo, secondo la procedura di cui agli artt. 91, comma 2, e 57, comma 6 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, nell'ambito dei settori di attività in base ai quali si richiede l'iscrizione".

**COMMISSIONE EUROPEA - COMUNICAZIONE INTERPRETATIVA**  
**23.6.2006** *Sul diritto comunitario applicabile agli appalti pubblici non soggetti in tutto o in parte alle disposizioni delle direttive comunitarie sugli appalti*  
*Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici (G.U.U.E. 1 agosto 2006, n. C 179)*

#### INTRODUZIONE

La Comunità europea ha adottato di recente nuove direttive relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi [1]. Esse prevedono regole dettagliate volte ad assicurare procedure di gara concorrenziali a livello della UE. Tuttavia le direttive "appalti pubblici" non si applicano a tutti gli appalti pubblici. Esiste tuttora una vasta gamma di appalti che non sono coperti o sono coperti solo in parte da tali direttive, ad esempio - gli appalti il cui importo è inferiore alle soglie di applicazione delle direttive "appalti pubblici" [2]; - gli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE, il cui importo supera le soglie per l'applicazione di tali direttive. I predetti appalti rappresentano un'importante opportunità per le imprese del mercato interno, in particolare per le PMI e per le imprese "start-up". Inoltre, metodi di aggiudicazione aperti e concorrenziali aiutano le amministrazioni pubbliche ad attirare, per tali appalti, una gamma più ampia di potenziali offerenti e a beneficiare di offerte più vantaggiose. Assicurare un uso il più efficiente possibile del denaro pubblico è di particolare importanza dati i problemi di bilancio esistenti in molti Stati membri. Non si dovrebbe inoltre dimenticare che è dimostrato che procedure trasparenti di aggiudicazione degli appalti prevengono la corruzione e i favoritismi.

E tuttavia tali appalti sono tuttora aggiudicati, in molti casi, direttamente a fornitori locali senza alcuna concorrenza. La Corte di giustizia delle Comunità europee (CGCE) ha confermato nella sua giurisprudenza che le disposizioni del trattato CE relative al mercato interno si applicano altresì agli appalti che esulano dall'ambito di applicazione delle direttive "appalti pubblici". In varie occasioni, Stati membri e parti interessate hanno chiesto alla Commissione indicazioni sull'applicazione dei principi di base derivanti da tale giurisprudenza.

La presente comunicazione interpretativa ha per oggetto le due suddette categorie di appalti che non sono coperte o sono coperte solo in parte dalle direttive "appalti pubblici" [3]. La Commissione fornisce chiarimenti sulla sua interpretazione della giurisprudenza della CGCE e suggerisce alcune buone pratiche per aiutare gli Stati membri a sfruttare appieno i vantaggi del mercato interno. La presente comunicazione non crea alcuna nuova disposizione legislativa. È opportuno rilevare che spetta comunque in ultima istanza alla CGCE interpretare il diritto comunitario.

## 1. QUADRO GIURIDICO

### 1.1. Disposizioni e principi del trattato CE

Al momento dell'aggiudicazione di appalti pubblici che rientrano nell'ambito di applicazione del trattato CE, le amministrazioni aggiudicatrici [4] degli Stati membri sono tenute a conformarsi alle disposizioni e ai principi di tale trattato, riguardanti in particolare la libera circolazione delle merci (articolo 28 del trattato CE), il diritto di stabilimento (articolo 43), la libera prestazione di servizi (articolo 49), la non discriminazione e l'uguaglianza di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità e il riconoscimento reciproco.

1.2. Norme fondamentali che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti La CGCE ha definito un insieme di norme fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, che derivano direttamente dalle disposizioni e dai principi del trattato CE. I principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano un obbligo di trasparenza che, conformemente alla giurisprudenza della CGCE [5], "consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione" [6].

Tali norme si applicano all'aggiudicazione di concessioni di servizi, agli appalti inferiori alle soglie [7] e agli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE quando si tratta di aspetti non disciplinati dalle predette direttive [8]. La Corte ha esplicitamente dichiarato che "sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del trattato" [9].

### 1.3. Rilevanza per il mercato interno

Le norme derivate dal trattato CE si applicano soltanto alle aggiudicazioni di appalti che hanno sufficiente rilevanza per il funzionamento del mercato

interno. Sotto questo profilo, la CGCE ha considerato che in singoli casi "a causa di circostanze particolari, come un valore economico molto limitato", un'impresa con sede in un altro Stato membro non avrebbe interesse all'aggiudicazione dell'appalto. In questo caso, "gli effetti sulle libertà fondamentali ... dovrebbero essere considerati troppo aleatori e troppo indiretti" per giustificare l'applicazione di norme derivate dal diritto primario della Comunità [10].

Spetta alle singole amministrazioni aggiudicatrici decidere se l'aggiudicazione di un determinato appalto possa essere interessante per operatori economici situati in altri Stati membri. La Commissione ritiene che questa decisione deve essere basata su una valutazione delle circostanze specifiche del caso, quali l'oggetto dell'appalto, il suo importo stimato, le particolari caratteristiche del settore in questione (dimensioni e struttura del mercato, prassi commerciali, ecc.), nonché il luogo geografico di esecuzione dell'appalto.

Se l'amministrazione aggiudicatrice giunge alla conclusione che l'appalto in questione presenta interesse per gli operatori economici di altri Stati membri, deve aggiudicarlo in conformità con le norme fondamentali derivanti dal diritto comunitario.

Quando la Commissione viene a conoscenza di potenziali violazioni delle norme fondamentali per l'aggiudicazione di appalti pubblici che non rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive "appalti pubblici", valuterà la rilevanza dell'appalto in questione per il mercato interno alla luce delle circostanze specifiche di ciascun caso. Avvierà una procedura d'infrazione a norma dell'articolo 226 del trattato CE solo nei casi in cui lo riterrà opportuno in considerazione della gravità delle infrazioni e delle loro ripercussioni sul mercato interno.

## 2 NORME FONDAMENTALI PER L'AGGIUDICAZIONE DI APPALTI RILEVANTI PER IL MERCATO INTERNO

### 2.1 Pubblicità

#### 2.1.1 Obbligo di garantire una pubblicità adeguata

Secondo la CGCE [11], i principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione comportano un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza. L'obbligo di trasparenza implica che un'impresa situata sul territorio di un altro Stato membro possa avere accesso ad informazioni adeguate relative all'appalto prima che esso sia aggiudicato, in modo tale che, se tale impresa lo desidera, sia in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere tale appalto [12].

La Commissione è del parere che la prassi consistente nel prendere contatto con un certo numero di potenziali offerenti non è sufficiente a tale riguardo, anche se l'amministrazione aggiudicatrice si rivolge ad imprese di altri Stati membri o si sforza di entrare in contatto con l'insieme dei potenziali fornitori. Un approccio selettivo di questa natura non può escludere qualunque discriminazione nei confronti dei potenziali offerenti di altri Stati membri, e in

particolare dei nuovi arrivati sul mercato. Lo stesso dicasi di qualunque forma di pubblicità "passiva", ovvero quando un'amministrazione aggiudicatrice non garantisce una pubblicità attiva, ma risponde alle richieste di informazioni provenienti da candidati che hanno scoperto con i loro mezzi la prevista aggiudicazione di un appalto. Inoltre, un semplice riferimento ad articoli o servizi nei mezzi di comunicazione, a dibattiti parlamentari o politici o ad eventi come congressi quali fonti di informazione non può costituire una pubblicità adeguata.

Pertanto, il solo modo di rispettare i requisiti definiti dalla CGCE consiste nella pubblicazione di un avviso pubblicitario sufficientemente accessibile prima dell'aggiudicazione dell'appalto. Tale avviso pubblicitario deve essere pubblicato dall'amministrazione aggiudicatrice nell'intento di aprire alla concorrenza l'aggiudicazione dell'appalto.

#### 2.1.2 Forme di pubblicità

Spetta alle amministrazioni aggiudicatrici scegliere il mezzo più adeguato a garantire la pubblicità dei loro appalti. La loro scelta deve essere guidata da una valutazione dell'importanza dell'appalto per il mercato interno, tenuto conto in particolare del suo oggetto, del suo importo nonché delle pratiche abituali nel settore interessato.

Quanto più interessante è l'appalto per i potenziali offerenti di altri Stati membri, tanto maggiore deve essere la copertura. In particolare, un'adeguata trasparenza per gli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE il cui importo superi le soglie di applicazione di tali direttive implica di solito la pubblicazione in un mezzo di comunicazione largamente diffuso.

Quali forme di pubblicità adeguate e frequentemente utilizzate, è opportuno citare:

##### - Internet

L'ampia disponibilità e la facilità di utilizzazione di Internet rendono gli avvisi pubblicitari di appalti pubblicati sui siti molto più accessibili, in particolare per le imprese di altri Stati membri e le PMI interessate ad appalti di importo limitato. Internet offre un'ampia gamma di possibilità per la pubblicità degli appalti pubblici: Gli avvisi pubblicitari sul sito Internet dell'amministrazione aggiudicatrice sono flessibili ed efficaci sotto il profilo dei costi. Essi devono essere presentati in modo che i potenziali offerenti possano venire a conoscenza delle informazioni agevolmente. Le amministrazioni aggiudicatrici possono inoltre prevedere di pubblicare tramite Internet informazioni su future aggiudicazioni di appalti non disciplinate dalle direttive "appalti pubblici" nel quadro del loro profilo di committente [13].

I portali Internet creati specificamente per gli avvisi pubblicitari di appalti hanno una visibilità più elevata e possono offrire maggiori opzioni di ricerca. Sotto questo profilo, la creazione di una piattaforma specifica per gli appalti di valore limitato con una directory per i bandi di gara con sottoscrizione via e-mail rientra tra le migliori pratiche, in quanto sfrutta appieno le possibilità offerte da Internet per accrescere la trasparenza e l'efficienza [14].

- Le Gazzette ufficiali nazionali, i bollettini nazionali specializzati nella pubblicazione di annunci di appalti pubblici, i quotidiani a diffusione nazionale o regionale o le pubblicazioni specializzate.

- Mezzi di pubblicazione locali

Le amministrazioni aggiudicatrici possono continuare a ricorrere a mezzi di pubblicazione locali, quali i quotidiani locali, i bollettini d'informazione comunali o anche gli albi pretori. Questi mezzi garantiscono tuttavia solo una diffusione strettamente locale e in quanto tali possono risultare adeguati in casi particolari, ad esempio quando si tratta di appalti di importo minimo che presentano un interesse unicamente per il mercato locale.

- Gazzetta ufficiale dell'Unione europea//TED (Tenders Electronic Daily)

La pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale non è obbligatoria ma può costituire un'opzione interessante, in particolare quando si tratta di appalti d'importo elevato.

### 2.1.3 Contenuto della pubblicità

La CGCE ha dichiarato esplicitamente che l'obbligo di trasparenza non comporta necessariamente l'obbligo di presentare un invito formale a presentare offerte [15]. L'avviso pubblicitario può quindi limitarsi ad una succinta descrizione degli elementi essenziali dell'appalto da aggiudicare e della procedura di aggiudicazione, accompagnata da un invito a prendere contatto con l'amministrazione aggiudicatrice. Ulteriori informazioni possono eventualmente essere pubblicate su Internet o comunicate su richiesta dall'autorità aggiudicatrice. Gli avvisi pubblicitari e qualsiasi eventuale documentazione supplementare devono contenere tutte le informazioni di cui un'impresa di un altro Stato membro avrà ragionevolmente bisogno per decidere se manifestare o no il suo interesse per l'appalto.

Come indicato al paragrafo 2.2.2 infra, l'amministrazione aggiudicatrice può adottare misure per limitare il numero di candidati invitati a presentare un'offerta. In questo caso, l'amministrazione aggiudicatrice deve fornire informazioni adeguate sui meccanismi di selezione dei candidati che saranno inseriti nell'elenco ristretto.

### 2.1.4 Procedure senza previa pubblicazione di un avviso pubblicitario

Le direttive "appalti pubblici" prevedono deroghe specifiche che autorizzano, a talune condizioni, procedure senza previa pubblicazione di un avviso pubblicitario [16]. I casi più importanti riguardano le situazioni di estrema urgenza, risultanti da eventi imprevedibili, e gli appalti la cui esecuzione, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, può essere affidata unicamente ad un determinato operatore economico.

La Commissione ritiene che le deroghe pertinenti possano essere applicate agli appalti non disciplinati dalle direttive. Le amministrazioni aggiudicatrici possono pertanto aggiudicare tali appalti senza previa pubblicazione di un avviso pubblicitario, a condizione di rispettare le condizioni enunciate nelle direttive per una di tali deroghe [17].



## 2.2 Aggiudicazione dell'appalto

### 2.2.1 Principi

Nella sentenza Telaustria, la CGCE ha dichiarato che l'obbligo di trasparenza consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione. In pratica, la garanzia di una procedura equa e imparziale costituisce il corollario necessario dell'obbligo di garantire una pubblicità trasparente.

Deriva da quanto precede che un appalto deve essere aggiudicato nel rispetto delle disposizioni e dei principi del trattato CE, al fine di garantire condizioni di concorrenza eque all'insieme degli operatori economici interessati da tale appalto [18]. In pratica, tale obiettivo può essere raggiunto nel miglior modo tramite:

- Una descrizione non discriminatoria dell'oggetto dell'appalto

La descrizione delle caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio non deve fare riferimento a una fabbricazione o a una provenienza determinata, né a procedimenti particolari, né deve riferirsi a un marchio commerciale, a un brevetto, a un'origine o a una produzione determinati, a meno che una preferenza di tale natura sia giustificata dall'oggetto dell'appalto e sia accompagnata dalla menzione "o equivalente" [19]. In ogni caso è preferibile utilizzare descrizioni più generali per quanto riguarda l'esecuzione o le funzioni.

- L'uguaglianza di accesso per gli operatori economici di tutti gli Stati membri

Le amministrazioni aggiudicatrici non devono prevedere alcuna condizione che comporti una discriminazione diretta o indiretta nei confronti dei potenziali offerenti di altri Stati membri, come l'obbligo, per un'impresa interessata all'appalto, di essere stabilita sul territorio dello stesso Stato membro o della stessa regione dell'amministrazione aggiudicatrice [20].

- Il reciproco riconoscimento dei diplomi, dei certificati e degli altri attestati di qualifiche formali  
Se i candidati o gli offerenti sono tenuti a presentare certificati, diplomi o altri tipi di attestati scritti, i documenti provenienti da altri Stati membri che offrono un livello equivalente di garanzia devono essere accettati conformemente al principio del reciproco riconoscimento di diplomi, certificati e altri attestati di qualifiche formali.

- Termini adeguati

I termini stabiliti per presentare una manifestazione d'interesse o un'offerta devono essere sufficienti per consentire alle imprese di altri Stati membri di procedere a una valutazione pertinente e di elaborare la loro offerta.

- Un approccio trasparente e oggettivo

Tutti i partecipanti devono poter conoscere in anticipo le regole applicabili ed avere la certezza che tali regole saranno applicate nello stesso modo a tutti gli operatori.

### 2.2.2 Limitazione del numero di candidati invitati a presentare un'offerta

Le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di limitare il numero di candidati a un livello adeguato, a condizione di farlo in modo trasparente e non discriminatorio. Possono ad esempio applicare criteri oggettivi, come l'esperienza dei candidati nel settore in questione, le dimensioni e l'infrastruttura delle loro attività, la loro capacità tecnica e professionale o altri fattori. Possono anche optare per una estrazione a sorte, sia come unico meccanismo di selezione, sia in combinazione con altri criteri. In ogni caso, il numero dei candidati iscritti sull'elenco ristretto deve rispondere alla necessità di garantire una sufficiente concorrenza.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono inoltre prevedere di applicare sistemi di qualificazione, vale a dire la redazione di un elenco di operatori qualificati mediante una procedura trasparente e aperta oggetto di adeguata pubblicità. Successivamente, quando si tratterà di aggiudicare i singoli appalti che rientrano nel campo di applicazione del sistema, l'amministrazione aggiudicatrice potrà selezionare dall'elenco degli operatori qualificati, su una base non discriminatoria, gli operatori che saranno invitati a presentare un'offerta (ad esempio estraendo a rotazione dall'elenco).

#### 2.2.3 Decisione di aggiudicazione dell'appalto

È importante che la decisione definitiva di aggiudicazione dell'appalto sia conforme alle regole procedurali fissate all'inizio e che i principi di non discriminazione e di uguaglianza di trattamento siano pienamente rispettati. Questo aspetto è particolarmente importante nel caso delle procedure che prevedono una negoziazione con gli offerenti inseriti in un elenco ristretto. Le negoziazioni devono essere organizzate in modo tale che tutti gli offerenti abbiano accesso allo stesso volume di informazioni e in modo da escludere vantaggi ingiustificati per uno specifico offerente.

### 2.3 Tutela giurisdizionale

#### 2.3.1 Principi

Nella sentenza Telaustria, la CGCE ha sottolineato l'importanza che riveste la possibilità di un controllo dell'imparzialità della procedura. Senza un meccanismo di controllo adeguato, il rispetto delle norme fondamentali di un'aggiudicazione equa e trasparente degli appalti non può essere effettivamente garantito.

#### 2.3.2 Direttive sulle procedure di ricorso

Le direttive sulle procedure di ricorso [21] coprono unicamente gli appalti che rientrano nel campo di applicazione delle direttive "appalti pubblici" [22]. Ciò significa che nell'attuale contesto esse sono applicabili unicamente agli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE il cui importo supera le soglie di applicazione di tali direttive. Per questi appalti le procedure di ricorso devono essere conformi alle direttive sulle procedure di ricorso e alla giurisprudenza rilevante. Tali principi restano invariati nella proposta di nuova direttiva sulle procedure di ricorso di recente

adozione [23].

### 2.3.3 Norme fondamentali derivanti dal diritto primario della Comunità

Nel caso degli appalti il cui importo è inferiore alle soglie di applicazione delle direttive "appalti pubblici", è opportuno tenere conto del fatto che, in virtù della giurisprudenza della CGCE [24], le persone hanno diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti di cui sono titolari in base all'ordinamento giuridico comunitario. Il diritto a questa tutela costituisce uno dei principi generali del diritto risultante dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. In mancanza di disposizioni pertinenti del diritto comunitario, spetta agli Stati membri creare le norme e le procedure necessarie a garantire una tutela giurisdizionale effettiva.

Affinché sia rispettata l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva, occorre che almeno le decisioni che possono avere un effetto negativo sulla situazione di una persona che ha o ha avuto interesse ad ottenere un appalto, come la decisione di eliminare un candidato o un offerente, siano oggetto di un controllo destinato a stabilire eventuali violazioni delle norme fondamentali derivanti dal diritto primario della Comunità. Per rendere possibile l'effettivo esercizio di questo diritto a un controllo, le amministrazioni aggiudicatrici hanno l'obbligo di far conoscere i motivi delle decisioni suscettibili di appello, o nell'ambito della stessa decisione, o su richiesta, dopo la comunicazione della decisione [25].

Conformemente alla giurisprudenza relativa alla tutela giurisdizionale, i mezzi di ricorso disponibili non devono essere meno efficaci di quelli applicabili in azioni analoghe basate sul diritto interno (principio di equivalenza) e non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'ottenimento della tutela giurisdizionale (principio di effettività) [26].

Note:

[1] Direttiva 2004/18/CE, GU L 134 del 30.4.2004, pag. 114 e direttiva 2004/17/CE, GU L 134 del 30.4.2004, pag. 1 (in appresso "le direttive appalti pubblici").

[2] I valori delle soglie sono indicati all'articolo 7 della direttiva 2004/18/CE e all'articolo 16 della direttiva 2004/17/CE.

[3] Le concessioni costituiscono una terza categoria di contratti non disciplinati o parzialmente disciplinati dalle direttive. Vedasi l'articolo 17 della direttiva 2004/18/CE e l'articolo 18 della direttiva 2004/17/CE per le concessioni di servizi, gli articoli da 56 a 65 della direttiva 2004/18/CE e l'articolo 18 della direttiva 2004/17/CE per le concessioni di lavori. Questi contratti non sono tuttavia trattati nella presente comunicazione poiché saranno trattati nel follow-up del Libro verde sui partenariati pubblico-privati.

[4] Nella presente comunicazione, l'espressione "amministrazioni aggiudicatrici" comprende sia le amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18/CE, sia gli enti aggiudicatori ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 2004/17/CE.

[5] Cfr. in particolare la causa C-324/98 Telaustria [2000] Racc. I-10745, paragrafo 62, la causa C-231/03 Coname, sentenza del 21.7.2005, paragrafi da

16 a 19 e la causa C-458/03 Parking Brixen, sentenza del 13.10.2005, paragrafo 49.

[6] Causa Telaustria, paragrafo 62 e causa Parking Brixen, paragrafo 49.

[7] Causa C-59/00 Bent Moustén Vestergaard [2001] Racc. I-9505, paragrafo 20 e causa C-264/03 Commissione contro Francia, sentenza del 20.10.2005, paragrafi 32 e 33.

[8] Causa C-234/03 Contse, sentenza del 27.10.2005, paragrafi da 47 a 49. Le direttive "appalti pubblici" contengono solo un insieme molto limitato di disposizioni relative a tali appalti, cfr. l'articolo 21 della direttiva 2004/18/CE e l'articolo 32 della direttiva 2004/17/CE,

[9] Causa Bent Moustén Vestergaard, paragrafo 20.

[10] Causa Coname, paragrafo 20.

[11] Causa Telaustria, paragrafo 62 e causa Parking Brixen, paragrafo 49.

[12] Causa Coname, paragrafo 21.

[13] Vedi l'allegato VIII della direttiva 2004/18/CE e l'allegato XX della direttiva 2004/17/CE.

[14] Cfr. ad esempio il portale delle opportunità per gli appalti di valore limitato creato di recente nel Regno Unito, [www.supply2.gov.uk](http://www.supply2.gov.uk)

[15] Causa Coname, paragrafo 21.

[16] Articolo 31 della direttiva 2004/18/CE e articolo 40, paragrafo 3, della direttiva 2004/17/CE.

[17] Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs nella causa C-525/03 Commissione contro Italia, paragrafi da 46 a 48.

[18] Cfr. causa C-470/99 Universale-Bau AG [2002] Racc. I-11617, paragrafo 93.

[19] Cfr. la causa Bent Moustén Vestergaard, paragrafi da 21 a 24, e la comunicazione interpretativa della Commissione – Agevolare l'accesso di prodotti al mercato di un altro Stato membro, GU C 265 del 4.11.2003, pag. 2. Gli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE devono essere conformi alle disposizioni relative alle specifiche tecniche, così come enunciate all'articolo 23 della direttiva 2004/18/CE e all'articolo 34 della direttiva 2004/17/CE, se il loro importo supera la soglia di applicazione di tali direttive. Le specifiche tecniche di questi appalti devono essere definite prima della selezione di un contraente e devono essere portate a conoscenza o messe a disposizione dei potenziali offerenti mediante strumenti che garantiscano la trasparenza e pongano tutti i potenziali offerenti su un piede di parità; cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs nella causa C-174/03 Impresa Portuale di Cagliari, paragrafi da 76 a 78.

[20] L'aggiudicatario potrà tuttavia essere invitato a porre in essere talune infrastrutture commerciali sul luogo di esecuzione, se le circostanze particolari dell'appalto lo giustificano.

[21] Direttiva 89/665/CEE, GU L 395 del 30.12.1989, pag. 33 e direttiva 92/13/CEE, GU L 76, del 23.3.1992, pag. 14.

[22] Cfr. articolo 72 della direttiva 2004/17/CE e articolo 81 della direttiva 2004/18/CE.

[23] Proposta della Commissione per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso riguardanti l'aggiudicazione di appalti pubblici, COM (2006) 195 def.

[24] Cfr. causa C-50/00 Unión de Pequeños Agricultores [2002] Racc. I-6677, paragrafo 39 e causa 222/86 Heylens [1987] Racc. 4097, paragrafo 14.

[25] Cfr. causa Heylens, paragrafo 15.

[26] Cfr. in proposito le cause C-46/93 e C-48/93 Brasserie du Pêcheur [1996] Racc. I-1029, paragrafo 83 e la causa C-327/00 Santex [2003] Racc. I-1877, paragrafo 55.

#### **a) T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 07 marzo 2006, n. 251**

La novella di cui all'art. 24, comma 5, l. n. 62 del 2005 - c.d. legge comunitaria, recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità Europea, contenente una diversa disciplina degli affidamenti di valore inferiore a euro 100.000, conforme ai criteri di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, giusta indicazione emergente dalla Direttiva 2004/18/Ce - rappresenta, allo stato, il punto di arrivo di una successiva stratificazione normativa che, a partire dall'originaria formulazione dell'art. 17 l. n. 109 del 1994, configura un progressivo abbandono del modello dell'affidamento diretto degli incarichi tecnici da parte dell'organo giuntale, in carenza di adeguata pubblicità, per introdurre il diverso modulo dell'affidamento degli incarichi sotto soglia, non puramente concorsuale, previa pubblicità e con obbligo di motivazione.

#### **b) T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 13 dicembre 2005, n. 2253**

Gli artt. 17 comma 12, 18 comma 2 quater e 27 comma 2 lett. c), l. 11 febbraio 1994 n. 109 sanciscono per le amministrazioni aggiudicatrici un generale obbligo di rispetto del principio di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza nell'affidamento degli incarichi di progettazione, di direzione lavori, di collaudo, di indagine e di attività di supporto, salve le eccezioni di cui al comma 14 dell'art. 17 l. n. 109 del 1994.

#### **c) Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici**

**Determinazione n. 1/2006 del 19 gennaio 2006 Affidamento dei servizi di ingegneria di importo stimato inferiore a 100.000 euro.**

Considerato in fatto

A seguito dei rilievi formulati dalla Commissione europea, il legislatore nazionale, con la legge 18 aprile 2005, n. 62, ha proceduto alla modifica dell'art. 17 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., sostituendo integralmente il comma 12 del citato articolo e stabilendo che per l'affidamento di incarichi di progettazione ovvero di direzione dei lavori, il cui importo stimato è inferiore a 100.000 euro, le stazioni appaltanti, per il tramite del responsabile del procedimento, possono

procedere all'affidamento ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f) e g) dello stesso art. 17, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

Prima della modifica introdotta dalla citata legge n. 62/2005, l'affidamento degli incarichi relativi a servizi di ingegneria di importo stimato inferiore a 100.000 euro poteva essere effettuato attraverso la scelta di un libero professionista di fiducia, previa verifica della relativa esperienza e capacità professionale in relazione al progetto da affidare. La norma non dettava disposizioni concernenti le regole dell'affidamento né l'obbligo della pubblicità preventiva e successiva.

Con particolare riferimento a quest'ultimo obbligo, tuttavia, l'articolo 62, commi 1 e 2, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, già prima della richiamata modifica alla legge quadro prevedeva a carico delle stazioni appaltanti, relativamente ai servizi di progettazione di importo inferiore a 40.000 euro (oggi 100.000 euro a seguito della modifica apportata dall'art. 7, comma 1, lett. i) della legge 1 agosto 2002, n. 166 ), l'onere della preventiva adeguata pubblicità, nonché di quella successiva all'affidamento. La mancata previsione nell'allora vigente norma primaria di alcun riferimento all'onere della pubblicità e la formulazione della previsione di cui all'articolo 62 del regolamento di attuazione hanno generato un dibattito sulla effettiva obbligatorietà della pubblicità nell'affidamento degli incarichi di progettazione cd. fiduciari. Sulla problematica generale degli affidamenti cosiddetti fiduciari, peraltro, l'Autorità, con le determinazioni n. 27/2002 e n. 30/2002, aveva richiamato l'attenzione degli operatori sulla necessità che detti affidamenti non comportassero un effetto negativo sul mercato dei servizi di ingegneria, cristallizzandolo negli ambiti locali delle varie amministrazioni e di fatto privandolo di una concreta dinamica concorrenziale.

Alla luce degli orientamenti sopra riferiti ed in seguito all'entrata in vigore della citata legge n. 62/2005, si ritiene opportuno integrare gli indirizzi finora emanati in materia da questa Autorità, nel rispetto del dettato comunitario e dell'evoluzione giurisprudenziale nel frattempo intervenuta. Stante il rilievo che riveste la questione ed il coinvolgimento di molteplici interessi del settore degli appalti pubblici, in conformità a quanto disposto nel Regolamento sul funzionamento dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, secondo il quale ogni valutazione delle problematiche emergenti e della prassi va condotta in base agli apporti delle Amministrazioni ed Associazioni rappresentative di operatori del settore dei lavori pubblici, è stata convocata un'audizione, tenutasi in data 28 settembre 2005, alla quale hanno partecipato rappresentanti del Ministero della giustizia, del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, del Consiglio Nazionale degli Ingegneri, del Consiglio Nazionale degli Architetti, del Consiglio Nazionale dei Geologi, del Consiglio Nazionale dei Geometri, dell'ANCI e dell'UPI.

Sulla base di tutti questi elementi il Consiglio ha deliberato il seguente atto.

#### **Considerato in diritto**

La disposizione dell'attuale comma 12, dell'articolo 17, della legge n. 109/1994, nasce dal pronunciamento della Commissione europea che ha censurato la

mancata previsione di alcun onere minimo di messa in concorrenza e l'assenza di alcuna forma di pubblicità, atta a consentire un confronto concorrenziale fra i soggetti potenzialmente interessati alla prestazione del servizio.

In osservanza a detti rilievi, il legislatore nazionale ha eliminato la possibilità dell'affidamento diretto su base fiduciaria degli incarichi per importo inferiore a 100.000 euro, facendo espresso richiamo all'obbligo da parte delle stazioni appaltanti del rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza. Detti principi costituiscono, secondo le specificazioni che seguono, corollari del generale principio della tutela della libera concorrenza, in base al quale si intende garantire a ciascun potenziale concorrente le stesse possibilità di partecipazione alle procedure di gara e l'imparzialità della relativa azione amministrativa. Affinché sia assicurata una concreta concorrenza, occorre pertanto garantire il rispetto della par condicio nei confronti di tutti i concorrenti in ordine alla valutazione comparativa dei requisiti da essi posseduti e verificare l'assenza di clausole che producano un effetto preclusivo all'accesso dei potenziali concorrenti all'appalto.

a) **Il principio di non discriminazione** comporta, in particolare, il divieto di effettuare una selezione di concorrenti privilegiando coloro che esercitano prevalentemente la loro attività nello stesso ambito territoriale in cui devono essere svolte le prestazioni.

Peraltro, in ordine alla possibilità di istituire un elenco di professionisti presso le singole stazioni appaltanti, l'Autorità, confermando quanto precedentemente espresso, rileva come lo stesso possa ritenersi ammissibile nei limiti in cui vengano previsti idonei meccanismi riguardanti il relativo aggiornamento periodico, anche semestrale, adottando in ogni caso le forme di pubblicità previste dall'articolo 62 del D.P.R. 554/1999 e s.m., in modo che risulti garantito ai professionisti in possesso dei prescritti requisiti il diritto di iscriversi all'albo stesso, senza limitazioni temporali.

Si ritiene inoltre necessario che laddove l'amministrazione intenda effettuare la scelta di istituire l'albo di professionisti, debba preventivamente stabilire, dandone adeguata pubblicità, criteri e requisiti per la formazione dell'albo stesso, quali a titolo esemplificativo:

- il richiamo a quanto dettato dall'articolo 51, comma 1, del D.P.R. 554/1999 e s.m. che vieta la partecipazione del professionista singolarmente e come componente di un raggruppamento di professionisti, nonché la contemporanea partecipazione a più di un raggruppamento;
- il principio della rotazione nella scelta dei nominativi inseriti nell'albo, ai quali rivolgere la richiesta di offerta;
- il divieto di cumulo degli incarichi, che può concretizzarsi nell'affidamento di non più di un incarico all'anno allo stesso professionista;
- la correlazione dell'esperienza progressiva richiesta al professionista alle tipologie progettuali delle quali necessita l'amministrazione, così come individuate in sede di programmazione, di modo che le professionalità richieste

rispondano concretamente alle classi e categorie cui si riferiscono i servizi da affidare.

b) Relativamente al **principio della parità di trattamento**, occorre evidenziare che la Corte di Giustizia europea ha ritenuto che lo stesso vieta non solo le discriminazioni palesi, a motivo della cittadinanza, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze (sentenza 3.6.1992, causa C 360/89) e che detto principio ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, imponendo che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione delle loro offerte e che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i competitori (sentenza 29.4.2004, causa C 496/99).

Ciò si traduce, per quanto rileva in questa sede, nell'obbligo di instaurare apposita procedura negoziata, in analogia a quanto prescritto dall'articolo 78 del D.P.R. 554/1999 e s.m., nella quale si procede alla comparazione dei requisiti posseduti da tutti i concorrenti, con applicazione, per ciascuno di essi, dei medesimi criteri selettivi.

c) In base al **principio di proporzionalità**, la richiesta del possesso di requisiti minimi per la partecipazione alla procedura negoziata deve essere strettamente connessa alla tipologia ed all'importo dell'incarico, in quanto la richiesta di requisiti non proporzionali allo specifico appalto potrebbe comportare il pericolo di una indebita restrizione della concorrenza. Ne discende l'impossibilità di utilizzare i requisiti previsti dalla normativa per gli affidamenti di progettazione di importo superiore a 100.000 euro per quelli di importo inferiore.

Analogamente dovranno essere fissati i criteri di valutazione delle offerte rapportati alla tipologia e all'importo dell'incarico, non potendosi applicare le previsioni formulate al riguardo per gli incarichi di maggior importo. Pertanto, nell'avviso di selezione dovranno essere indicati i requisiti minimi richiesti dalla S.A. che consentano al professionista – tramite il curriculum - la dimostrazione del possesso di una esperienza adeguata rapportata alla tipologia e all'importo dell'incarico. In relazione a detto profilo, l'Autorità è intervenuta con le determinazioni n. 9/1999, n. 10/1999 e n. 17/2000, sottolineando come il merito tecnico che viene esaminato nella fase di ammissione alla selezione, ha ad oggetto elementi che necessitano alla stazione appaltante per effettuare una valutazione circa l'idoneità del progettista a concorrere per l'affidamento, anche sulla base dell'esperienza professionale pregressa. Detta valutazione viene effettuata sulla base di elementi meramente quantitativi consistenti nell'accertamento dell'importo dei lavori appartenenti alle stesse classi e categorie dell'opera oggetto dell'incarico, eseguiti in periodo anteriore alla data del bando. Al contrario, il merito tecnico da valutarsi nella fase di affidamento dovrà intendersi con riguardo alle caratteristiche qualitative di progetti in precedenza redatti e presentati, che l'offerente ritiene rappresentativi della propria capacità progettuale e affini all'opera da progettare per tipologia ed importo.



d) Per quanto riguarda, infine, **il principio di trasparenza** si evidenzia che la Corte di giustizia con la sentenza 7.12.2000, C 324/98 ha ritenuto che l'obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

Il principio della trasparenza trova quindi attuazione, anteriormente all'inizio del procedimento di selezione, nella effettuazione di una corretta ed adeguata pubblicità sia dell'oggetto della selezione che si intende esperire sia dei criteri obiettivi che si intende utilizzare per la valutazione delle offerte; al termine del procedimento negoziato, invece, il principio stesso troverà la propria effettiva applicazione nel corrispondente obbligo da parte della stazione appaltante di motivare la scelta effettuata sulla base degli stessi criteri inizialmente adottati.

Dalle considerazioni sopra riportate emerge, dunque, che l'articolo 17, comma 12, della legge 109/1994, così come modificato dalla legge n. 62/2005, impone alle stazioni appaltanti l'esperimento di una procedura di tipo competitivo e comparativo per l'individuazione del professionista, che dovrà essere preceduta dalla pubblicità di cui all'art. 62, comma 1, del D.P.R. 554/1999 e s.m.. Il tenore letterale di detta norma, laddove utilizza la locuzione "adeguata pubblicità", ha comportato l'intervento interpretativo della giustizia amministrativa, che ha ritenuto necessario chiarirne il significato sia sotto il profilo temporale che sotto quello del mezzo idoneo a garantire l'assolvimento di detto obbligo. Occorre, pertanto, individuare tempi per la presentazione delle domande di partecipazione alla selezione idonei a consentire un'effettiva partecipazione all'iniziativa e utilizzare mezzi di pubblicazione che garantiscano una adeguata penetrazione della notizia nel mercato.

Al riguardo, come espresso da questa Autorità con determinazioni n. 18/2001 e n. 30/2002, per "adeguata pubblicità" deve intendersi quindi quella pubblicità che, seppure semplificata, risulta funzionale allo scopo di raggiungere la più ampia sfera di potenziali professionisti interessati all'affidamento, in relazione all'entità ed all'importanza dell'incarico.

Si rileva al riguardo che questa Autorità ha più volte evidenziato che la carenza di pubblicità è apparsa spesso rilevante in relazione all'esiguo tempo di pubblicazione, limitato in alcuni casi a soli 10 giorni, ed ai mezzi utilizzati, pubblicazione presso il solo Albo pretorio.

Per quanto attiene, quindi, all'affidamento degli incarichi sotto l'importo di 100.000 euro, le S.A. dovranno individuare forme di pubblicità adeguate alla rilevanza dell'affidamento, tenendo anche conto del contesto ambientale e di mercato nel quale operano. A titolo esemplificativo e non esaustivo, può ritenersi adeguata la pubblicità effettuata attraverso la pubblicazione dell'avviso di selezione sull'Albo pretorio, sul sito internet (ove disponibile), ovvero sull'Albo della stazione appaltante, nonché con la diffusione presso i rispettivi Ordini professionali.

Per quanto attiene al procedimento di selezione, nel richiamare l'attenzione sulla circostanza che la richiesta di una presentazione plurima di offerte dà luogo ipso facto ad una procedura concorsuale negoziata, si precisa che la stazione appaltante dovrà indicare negli avvisi di conferimento gli elementi essenziali della prestazione ed il relativo importo presunto, il tempo massimo per l'espletamento dell'incarico, il termine di ricezione delle offerte, non inferiore a ventisei giorni dalla data di pubblicazione dell'avviso, ed ogni altro ulteriore elemento di cui all'articolo 63 del D.P.R. 554/1999 ritenuto utile, nonché i criteri che utilizzerà per l'affidamento.

È, infatti, necessario che le regole disciplinatrici del confronto siano oggettivamente verificabili e, sebbene la procedura sia caratterizzata dal carattere dell'informalità, le modalità di formulazione e di trasmissione delle offerte devono sostanzialmente rispettare i principi di trasparenza e par condicio fra gli offerenti; principi cui è necessaria conformarsi ogni qual volta si procede ad una valutazione comparativa delle offerte, ancorché ciò avvenga attraverso gara informale (cfr. Cons. Stato Sez. V, 20 ottobre 2000, n. 5633).

Inoltre, tenuto conto delle disposizioni sulla semplificazione amministrativa, l'amministrazione dovrà prevedere in capo all'affidatario l'obbligo di comprovare i requisiti professionali dichiarati in sede di presentazione dell'offerta.

Sulla base di quanto sopra, l'Autorità ritiene che:

- i servizi di ingegneria di importo inferiore a 100.000 euro devono essere affidati dalle stazioni appaltanti previo esperimento di una procedura competitiva e comparativa, che dovrà essere preceduta dalla pubblicazione di un avviso, divulgato con modalità adeguate alla rilevanza dell'affidamento, tenendo anche conto del contesto ambientale e di mercato nel quale operano le stazioni appaltanti, quali ad esempio l'Albo pretorio, il sito internet (ove disponibile), ovvero l'Albo della stazione appaltante e diffuso ai rispettivi Ordini professionali, al fine di raggiungere la più ampia sfera di potenziali professionisti interessati all'affidamento;
- gli avvisi per l'affidamento dei servizi di ingegneria devono contenere gli elementi essenziali costituenti l'oggetto della prestazione, il relativo importo presunto, il tempo massimo per l'espletamento dell'incarico, il termine di ricezione delle offerte non inferiore a ventisei giorni dalla data di pubblicazione dell'avviso ed ogni altro ulteriore elemento di cui all'articolo 63 del D.P.R. 554/1999 ritenuto utile, nonché i criteri che verranno utilizzati per l'affidamento;
- i requisiti richiesti ai partecipanti alla selezione dovranno essere proporzionali all'incarico da affidare, con ciò escludendosi la possibilità di richiedere i requisiti previsti per incarichi appartenenti a fasce superiori di importo;
- il merito tecnico da esaminare nella fase di valutazione dell'offerta dovrà intendersi non con riferimento ad aspetti quantitativi, bensì con riguardo alle caratteristiche qualitative di progetti in precedenza redatti che l'offerente ritiene rappresentativi della propria capacità progettuale e affini all'opera da progettare per tipologia ed importo.



## II Appendice

# PROROGA E RINNOVO DEI CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI A LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

### 1. Il quadro legislativo

L'art. 23 della legge 18 aprile 2005, n. 62, recante "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2004", ha modificato la disciplina in materia di rinnovo dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi,

Al suo primo comma, con disposizione di portata meramente abrogante, statuisce che l'ultimo periodo dell'art. 6, comma 2, della legge 24 dicembre 1993, n. 537 e successive modificazioni – il quale, dopo avere espressamente stabilito il divieto di rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi e la conseguente nullità dei contratti stipulati in violazione di questo divieto, prevedeva, con la disposizione introdotta dall'art. 44 della legge 23 dicembre 1994, n. 724 ed ora abrogata, che "entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertano la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi e, ove verificata detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione" - è soppresso. È utile ricordare come l'abrogata norma a sua volta – nelle varie ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali - era stata introdotta allo scopo di porre fine alla diffusa prassi dei rinnovi taciti della P.A. oppure dei rinnovi espressi ma comunque automatici, e dunque svincolati da qualsiasi accertamento di reali ragioni di convenienza economica. La ratio della norma deve essere quindi rinvenuta sia nell'esigenza di contenimento della spesa pubblica che nella necessità di rispettare le regole di trasparenza e di concorrenza, ribadendo il principio, sia nazionale che comunitario, secondo cui l'evidenza pubblica deve costituire la regola, mentre il rinnovo doveva rappresentare l'eccezione, seppure motivata alla luce della verifica di specifici parametri. In tal senso "...l'esercizio della facoltà di rinnovare un contratto per la fornitura di beni e servizi, ai sensi dell'art. 6 l. 24 dicembre 1993, n. 537, nel testo sostituito dall'art. 44 l. 23 dicembre 1994 n. 724, deve essere sempre valutata in modo rigoroso in quanto derogativa della regola generale dell'espletamento di procedure di evidenza pubblica, imposta dalla necessità di individuare - mediante valutazione comparativa basata su parametri obiettivi - il soggetto più idoneo all'affidamento del servizio" (cfr. TAR Lazio, sez.II ter, n. 7763/2004). Inoltre, "le ragioni di convenienza imposte dall'art. 6, comma 2, della legge n. 537 del 1993 (nel testo sostituito dall'art. 44 della legge n. 724 del 1994) non possono ritenersi sussistenti per il solo fatto che il contratto venga rinnovato alle stesse condizioni del precedente (Cons. di Stato, Sez.V, 17.4.2003, n. 2079). In tal modo viene infatti elusa la finalità della disposizione che, letta complessivamente, e in particolare alla luce dei commi 6 e 11, impone quantomeno nuove negoziazioni capaci di ottenere le economie oggettivamente possibili in relazione alle concrete condizioni d mercato (cfr. TAR Lazio, cit.)". Il mero spostamento in avanti del termine di durata del rapporto contrattuale, al

contrario, normalmente non realizza alcun interesse per la P.A. ed anzi, consentendo il prolungamento del rapporto contrattuale con lo stesso contraente per più anni, si presta a costituire una deroga, o meglio un'elusione, al principio della pubblica gara per l'affidamento degli appalti pubblici che è uno dei pilastri su cui si fonda il rispetto del principio di concorrenza. Giova infine osservare che la disposizione in esame opera non solo in rapporto ai contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore della stessa, ma anche a quelli in corso a detta data ove "contenenti clausole di rinnovo tacito non ancora applicate e delle quali perciò non è più consentito fare applicazione" (cfr. Cons. di Stato, sez. 20.10.1998, n. 1508). Di qui la perentoria conclusione (Consiglio Stato, sez. III, 04 marzo 1997, n. 269) per cui il rinnovo degli appalti di servizi della p.a. (sempre esplicito), va interpretato, come semplice proroga dell'originaria durata contrattuale per un ulteriore periodo di tempo, fermi restando gli altri patti e clausole contrattuali (ai sensi dell'art. 44 l. 23 dicembre 1994 n. 724).

A loro volta, i commi 2 e 3 dell'art. 23 disciplinano espressamente la sorte dei contratti già scaduti, o in scadenza nei sei mesi successivi all'entrata in vigore della legge: essi, in particolare, consentono rispettivamente, per quanto attiene ai contratti inerenti l'acquisto o la fornitura di beni e servizi, una proroga non superiore ai sei mesi per il tempo necessario alla stipula di nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica; per quanto attiene ai contratti inerenti lo svolgimento di funzioni o servizi pubblici non aventi rilevanza economica in quanto non ricadenti nell'ambito dell'art. 113 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, la proroga del rapporto per una sola volta e per un periodo di tempo non superiore alla metà dell'originaria durata contrattuale (comunque non oltre la data del 31 dicembre 2008), a condizione che sia pattuita la riduzione del corrispettivo di almeno il 5 per cento.

La disposizione salvaguarda la continuità dei rapporti contrattuali in fase di conclusione per il tempo strettamente necessario a consentire alle amministrazioni che non abbiano già effettuato procedure selettive di avviare gare ad evidenza pubblica per l'individuazione del nuovo contraente. L'effetto della previsione normativa è tuttavia strettamente riferito dal punto di vista temporale al semestre successivo all'entrata in vigore della legge e richiede comunque l'attivazione effettiva delle procedure di gara entro novanta giorni dal medesimo termine di riferimento.

Risulta evidente, inoltre, come la proroga sia connotata nella sua funzione di estensione temporale limitata del contratto originario funzionalizzata alla selezione del nuovo fornitore ed all'eventuale fase di successione operativa tra l'appaltatore uscente e quello entrante.

L'art. 23 della legge comunitaria per il 2004 si presenta come previsione con contenuti fortemente sollecitatori per l'attivazione di confronti concorrenziali in più ambiti, determinando come "via obbligata" per appalti di vario dimensionamento e rilievo la gara ad evidenza pubblica.

In ordine allo stesso, come era prevedibile, si è concretata sia l'attenzione della dottrina, sia, e soprattutto, l'interesse della giurisprudenza amministrativa che, nonostante il carattere molto recente della novità normativa de qua, già avuto modo di intervenire sul spunto con alcune, significative pronunce.

Da ultimo, la recente emanazione del **nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture (D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, in G.U. 2.5.06, s.o. 107/L)**, nel recepire e sistematizzare i precedenti interventi normativi e

giurisprudenziali, ha ulteriormente arricchito il quadro ordinamentale di questo importante settore dell'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione.

## **2. Il precedente assetto normativo e giurisprudenziale**

Va peraltro ricordato come l'art. 27, c. 6 della L. 23.12.1999, n. 488 (Legge Finanziaria 2000) avesse già affermato che i contratti per acquisti e forniture di beni e servizi delle amministrazioni statali, stipulati a seguito di esperimento di gara, in scadenza nel triennio 2000/2002, possono essere rinnovati per una sola volta e per un periodo non superiore a due anni, a condizione che il fornitore assicuri una riduzione del corrispettivo di almeno il 3%, fermo restando il rimanente contenuto del contratto.

Tale norma, come si evince dal suo contenuto era esplicitamente riferita alle amministrazioni statali e non applicabile alle restanti pubbliche amministrazioni. Nondimeno, il Consiglio di Stato, Sez. V, 19.2.2003, n. 921, da un lato, ha affermato che la facoltà di rinnovo del contratto prevista dall'art. 27, c. 6 della L. n. 488/99 era consentita solo alle amministrazioni statali nel triennio 2000/2002 e non è pertanto applicabile ai comuni; trattandosi infatti di disposizione di carattere eccezionale, derogatoria della normativa nazionale e comunitaria che impone la procedura dell'evidenza pubblica per la scelta dei contraenti con le pubbliche amministrazioni, essa non può essere estesa al di fuori dei casi contemplati. Dall'altro, ha precisato che doveva ormai ritenersi implicitamente abrogato per incompatibilità l'art. 44 della L. n. 724/94, nella parte in cui aveva previsto, alle condizioni ivi stabilite, la facoltà di rinnovare in modo espresso i contratti per la fornitura di beni e servizi anche per tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, c. 2 del D.Lvo n. 29/93 e s.m.i., e quindi anche per i Comuni.

Di fronte a tale sentenza una parte della dottrina riteneva non più applicabile alle pubbliche amministrazioni la disposizione di cui all'art. 6, c. 2 e 11 della L. n. 537/93 come modificato dall'art. 44 della L. n. 724/94 mentre altra parte ribadiva che la sentenza era relativa alle sole amministrazioni dello Stato tenute all'applicazione dell'art. 27, c. 6 della L. n. 488/99.

Il Consiglio di Stato, Sez. V, 17.4.2003, n. 2079 è ritornato sull'argomento affermando che una delibera con la quale una pubblica amministrazione stabilisce di rinnovare il contratto di appalto di servizi, ai sensi dell'art. 6 della L. n. 537/93, nel testo sostituito dall'art. 44 della L. n. 724/94, deve ritenersi impugnabile – anche in base al generale orientamento che riconosce la tutelabilità dell'interesse cosiddetto strumentale – da ogni soggetto che operi nel medesimo settore nel quale si svolge il rapporto in corso, per l'evidente ragione che l'eventuale illegittimità del provvedimento, ove accertata dal giudice, aprirebbe la via ad una procedura concorsuale che potrebbe risolversi con l'acquisizione del servizio.

Lo stesso Consiglio di Stato ha proseguito affermando che una delibera con la quale una pubblica amministrazione stabilisce di rinnovare il contratto di appalto di servizi, ai sensi dell'art. 6 della L. n. 537/93 modificato dall'art. 44 della L. n. 724/94, deve essere preceduta da apposita istruttoria e deve indicare, con congrua ed idonea motivazione, le ragioni non solo di pubblico interesse, ma anche di convenienza che giustificano il rinnovo, e cioè il vantaggio economico che deriva dalla rinnovazione. E' pertanto illegittima una delibera che dispone la rinnovazione del contratto ai sensi delle citate disposizioni, ove manchi tale motivazione ed il rinnovo non sia stato preceduto da apposita istruttoria, non potendosi considerare sufficiente la circostanza che l'impresa titolare del servizio

abbia offerto di continuare a svolgere il servizio agli stessi prezzi già praticati con il precedente rapporto; in tal modo, infatti, risulta elusa la finalità delle disposizioni stesse, da individuarsi nella imposizione di nuove negoziazioni capaci di ottenere le economie oggettivamente possibili in relazione alle concrete condizioni di mercato.

Altra sentenza molto significativa in tema di rinnovo è quella pronunciata dal Consiglio di Stato, Sez. V, in data 31.12.2003, n. 9302 con la quale si è affermato che l'art. 6 della L. n. 537/93, come modificato dall'art. 44 della L. n. 724/94 vieta il rinnovo tacito dei contratti, ma ne consente il rinnovo esplicito per valutate ragioni di pubblico interesse e non impedisce l'inserimento nei contratti di clausole che prevedano la prorogabilità del rapporto.

Nella sentenza n. 9302/2003 viene altresì specificata la differenza tra rinnovo e proroga del contratto affermando che mentre la proroga consiste nello spostamento in avanti del solo termine di scadenza del rapporto, il rinnovo comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, ossia un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale. In altri termini, il rinnovo normativamente previsto, ma sempre in forma espressa, si distingue dunque dalla mera proroga, consistente nel semplice spostamento in avanti del termine di durata del contratto, importando una rinegoziazione del contratto con lo stesso contraente, nel corso della quale siano accertate le ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la detta rinnovazione. La proroga del contratto scaduto è dunque istituto diverso ed inassimilabile rispetto al rinnovo del rapporto stesso.: mentre la proroga del termine finale di un appalto pubblico di servizi sposta solo in avanti la scadenza conclusiva del rapporto (il quale resta regolato dalla sua fonte originaria), il rinnovo del contratto comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, ossia un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale (cfr. T.A.R. Lazio, sez. I-bis, 31 marzo 2005 n. 2367). Vale a dire, la prima determina il solo effetto del differimento del termine di scadenza del rapporto (il quale resta regolato dalla convenzione annessa all'atto di affidamento di un servizio), mentre il secondo comporta una nuova negoziazione con una nuova manifestazione di volontà negoziale: gli istituti della proroga e della rinnovazione del contratto si differenziano, conseguentemente, sia sul piano giuridico-concettuale, sia con riferimento alle ricadute effettuali (cfr., in termini, Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2003 n. 9302 e sez. VI, 22 marzo 2002 n. 1767; nonché T.A.R. Lazio, sez. III-bis, 18 dicembre 1996 n. 2418, 11 novembre 1996 n. 2073, 24 luglio 1996 n. 1417 e 17 maggio 1996 n. 1029). Inoltre, più di recente, si è chiarito, con riferimento ad un provvedimento concessorio, che la relativa proroga non possiede una propria autonomia, ma accede all'atto originario spostando in avanti nel tempo il suo termine finale di efficacia; conseguentemente essa presuppone l'efficacia della concessione originaria tanto alla data di presentazione della domanda, tanto alla data in cui l'Amministrazione si pronunzia, al contrario del rinnovo il quale richiede sempre la sopravvenuta inefficacia dell'originario atto di concessione e comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto (così, da ultimo, Consiglio Stato, sez. V, 21 gennaio 2009, n. 279).

Altro punto affrontato nella sentenza di cui si tratta è quello relativo al momento in cui effettuare il rinnovo; l'art. 6, c. 2 della L. n. 537/93 come modificato dall'art. 44 della L. n. 724/94 stabilisce che entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertano la sussistenza delle ragioni di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi e, ove verificata

detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione. La maggior parte degli operatori del settore, sino ad oggi, ha interpretato la citata disposizione nel senso che i tre mesi dovevano essere antecedenti alla scadenza del contratto al fine di non avere periodi scoperti (ad esempio per un contratto scadente il 31.12 il rinnovo veniva deciso nel periodo corrente dall'1.10 al fine di avere la copertura contrattuale dall'1.1. o comunque avere il tempo di bandire ed espletare la gara nel caso in cui si decideva di non rinnovare il contratto). La sentenza in questione invece afferma che il termine di tre mesi deve considerarsi come successivo alla scadenza del contratto in quanto "... anche per ragioni logiche, detto termine non può intendersi riferito al momento anteriore alla scadenza, considerato che si tratta di rinnovo e non di proroga del contratto".

A porre fine all'annosa questione della possibilità o meno del rinnovo, delle sue condizioni, dei tempi entro cui esercitarlo, è intervenuto l'art. 23 della L. 18.4.2005, n. 62 comunemente conosciuta come Legge Comunitaria 2004, in vigore dal 12.5.2005.

Con tale legge, la normativa in materia di appalti pubblici subisce alcune rilevanti novità sia in tema di acquisti di beni e servizi che di lavori pubblici. Soprattutto, come segnalato in precedenza, in merito agli appalti pubblici per l'acquisto di beni e servizi il citato art. 23 della Legge Comunitaria 2004 dispone al primo comma la soppressione dell'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 6 della L. n. 537/93 come modificato dall'art. 44 della L. n. 724/94 e cioè vi è la soppressione della norma in base alla quale le pubbliche amministrazioni procedevano al rinnovo dei contratti più volte sopraccitata.

Quindi venendo meno il riferimento normativo non è più consentito procedere al rinnovo dei contratti per l'acquisto di beni e servizi, se non nei limiti precisati dalle sentenze di seguito riportate.

### **3. I nuovi orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul tema.**

Un primo intervento giurisprudenziale applicativo della nuova normativa in materia è costituito da **TAR Puglia – Lecce, sez. II, sentenza n. 3929 del 3 agosto 2005**, resa a seguito di una controversia insorta tra una società sottoposta a commissariamento (in quanto assoggettata all'applicazione di alcune disposizioni del d.lgs. n. 231/2001) ed un'asl, ed avente ad oggetto la legittimità di una deliberazione del direttore generale dell'azienda sanitaria locale con la quale era stato disposto di non rinnovare o prorogare (se non per il periodo massimo di due mesi) il contratto di appalto avente ad oggetto il servizio di pulizia e sanificazione presso un presidio ospedaliero, stipulato con la stessa società ed in scadenza alla fine di aprile del 2005. Nella stessa deliberazione si disponeva di procedere nel contempo a trattativa privata per l'affidamento del medesimo servizio ad imprese diverse dalla ricorrente, nelle more dell'indizione della procedura di evidenza pubblica per l'affidamento a regime del servizio.

I giudici salenti, pur rilevando la sussistenza del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo trattandosi di controversia relativa alla fase di esecuzione di un contratto di appalto di servizi, nondimeno sono intervenuti sul tema, offrendo una significativa interpretazione delle previsioni contenute nell'art. 23, commi 1 e 2, della legge n. 62/2005.

Ed, invero, lo stesso organo di giustizia amministrativa ha evidenziato come nel contratto originario fosse stata apposta la clausola del rinnovo triennale, secondo



quanto consentito dalla normativa vigente a quel tempo (la gara risaliva all'anno 2002), ossia l'art. 6 della legge n. 537/1993, come sostituito dall'art. 44 della legge n. 724/1994.

Rispetto a questa clausola il tar di Lecce ha fatto rilevare come a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 62/2005, tale facoltà sia venuta meno, potendosi far ricorso solo alla proroga (di durata massima semestrale) del contratto, nelle more dell'indizione della nuova gara.

Tale valutazione costituisce interpretazione molto significativa della disposizione della legge comunitaria per il 2004, finalizzata a mettere in luce come sia venuta meno, senza dubbio, la possibilità, per le amministrazioni pubbliche, di rinnovare i contratti di appalto per l'acquisto di beni e servizi, a fronte dell'esplicita previsione prodotta dall'art. 23, commi 1 e 2, della stessa legge.

Ulteriore aspetto interessante è l'annotazione implicita nella motivazione della sentenza in base alla quale viene ad essere distinto il sistema regolativo previdente (nel quale era ammessa la facoltà di rinnovo) da quello introdotto dalla legge n. 62/2005 (che ammette solo la proroga).

In ordine all'estensione della proroga definibile in base alla previsione normativa, l'organo di giustizia amministrativa ha evidenziato, inoltre, come la pretesa ad ottenerla con durata semestrale sia infondata, visto che l'art. 23 della legge n. 62/2005 consente, ma non impone, che la proroga abbia durata semestrale.

Così in motivazione

*il ricorso è inammissibile, sia in relazione alla questione della durata della proroga del contratto già in essere (che, peraltro, nelle more del giudizio, è stata prolungata fino al 30/9/2005), sia per quanto concerne il (preventivato) mancato invito della ricorrente alla trattativa privata di prossima indizione;*

*per quanto riguarda il primo profilo, sussiste il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di controversia relativa alla fase di esecuzione di un contratto di appalto di servizi, al quale era stata apposta (vedasi l'art. 20 del Capitolato speciale – doc. n. 4 allegato al ricorso) la clausola del rinnovo triennale, secondo quanto consentito dalla normativa vigente ratione temporis (la gara risaliva all'anno 2002). Peraltro, a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 62/2005, tale facoltà è venuta meno, potendosi far ricorso solo alla proroga – di durata massima semestrale – del contratto, nelle more dell'indizione della nuova gara. Ma anche le questioni inerenti la proroga riguardano pur sempre la fase dell'esecuzione, per cui (a prescindere dal fatto che la pretesa ad ottenere la proroga semestrale appare infondata, visto che l'art. 23 della L. n. 62/2005 consente, ma non impone, che la proroga abbia durata semestrale e che comunque la proroga è stata disposta per un periodo di cinque mesi) sul punto sussiste il difetto di giurisdizione del TAR (come affermato dalla consolidata giurisprudenza amministrativa);*

*per quanto concerne l'altra questione, invece, l'inammissibilità del ricorso deriva dalla mancanza di un interesse attuale e concreto in capo alla ricorrente (come esattamente eccepito dall'AUSL BR/1).*

*Al fine di dare conto della predetta conclusione, occorre inevitabilmente esaminare il contenuto dell'ordinanza del G.I.P. di Bari in data 18/4/2005 (doc. allegato 5 al ricorso), recante l'applicazione, a carico della ricorrente, della misura cautelare dell'interdizione dall'esercizio dell'attività, ai sensi degli artt. 9, 13, 14 e 45 del D. Lgs. n. 231/2001, con contestuale nomina di un Commissario giudiziale.*

*Il punto centrale, ai fini della presente decisione, sta nella portata dei poteri che il Giudice Penale ha ritenuto di conferire al Commissario, espressamente limitati al compimento degli "...atti di ordinaria amministrazione e, con l'autorizzazione del giudice, gli eventuali atti di straordinaria amministrazione, proseguendo comunque l'attività sino alla esecuzione di nuove gare d'appalto presso tutte le Pubbliche Amministrazioni..." (pagina 47 dell'ordinanza). Per cui (in disparte la considerazione che, nel dispositivo dell'ordinanza, il G.I.P. barese fa riferimento solo ai poteri di ordinaria amministrazione, fra cui la prosecuzione degli appalti già in essere), essendo indiscutibile (come è emerso peraltro dalla concorde prospettazione delle parti nella odierna camera di consiglio) che la partecipazione alla indicenda trattativa privata rientra fra gli atti di straordinaria amministrazione, ne consegue che, non avendo il Commissario giudiziale provato di aver richiesto al G.I.P. l'autorizzazione a partecipare alla selezione de qua, allo stato attuale la pretesa della ricorrente è (come incisivamente affermato dall'AUSL BR/1) "imperseguibile", essendo la società istante in ogni caso non abilitata a partecipare alla trattativa privata (e ciò non perché ricorre una delle cause tipiche di esclusione dalle gare d'appalto di cui all'art. 12 del D. Lgs. n. 157/1995, ma perché, più a monte, la ricorrente è attualmente priva della piena capacità di svolgere la sua attività commerciale).*

*Da ciò consegue l'inammissibilità, anche in parte qua, del presente ricorso; conclusivamente, il ricorso va dichiarato inammissibile, nei sensi di cui in motivazione.*

*Sussistono tuttavia giusti motivi per disporre la compensazione delle spese fra le parti costituite.*

Lo stesso Tribunale amministrativo salentino (T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 06 agosto 2009, n.1999), successivamente, ha confermato nei termini sopra ricordati l'operatività della norma in questione, evidenziando la possibilità di utilizzo anche a regione, del meccanismo di proroga tecnica delineato dal disposto del suo primo capoverso, in alternativa alla previsione (necessariamente operante nel solo sottosoglia), dell'art. 125, comma 10, lett. c) del D. Lgs. n. 164/2006:

*Rammentato che l'art. 23 secondo comma della menzionata Legge 18 Aprile 2005 n° 62 ("Legge comunitaria dell'anno 2004") dispone che "I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gara ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge", è agevole rilevare che il rinnovo o lo proroga di un contratto d'appalto di servizi o di forniture, disposto da un'Amministrazione al di fuori dei casi contemplati dall'ordinamento (come avvenuto nel caso di specie), dà luogo ad una figura di trattativa privata non consentita e legittima qualsiasi impresa del settore a far valere dinanzi al Giudice Amministrativo il suo interesse legittimo al tempestivo espletamento della gara (Consiglio di Stato, V Sezione, 8 Luglio 2008 n° 3391).*

*In altri termini, in tema di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto di servizi o di forniture non vi è spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, ma vige il principio inderogabile che la Pubblica Amministrazione, una volta scaduto il*

*contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara, salvo la limitata facoltà di proroga prevista dal soprariportato art. 23 secondo comma della Legge comunitaria 18 Aprile 2005 n° 62 ("a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge"). Insomma, la normativa comunitaria e statale (art. 23 Legge 18 Aprile 2005 n° 62) oggi vigente non consente alla P.A. di procedere al rinnovo (sia espresso, che tacito) dei contratti in corso, ma solo alla loro proroga per il tempo strettamente necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica e a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi (Cfr: T.A.R. Abruzzo Pescara, 18 Novembre 2006 n° 716).*

*Ora, nella fattispecie concreta oggetto del presente giudizio (in cui già nell'anno 2007 era scaduto il termine semestrale del servizio in questione affidato dalla Azienda Sanitaria Locale di Taranto all'A.T.I. P. S.p.A.-L. S.p.A. in data 31 Marzo 2007, a seguito dell'esperimento di apposita procedura ex art. 57 Decreto Legislativo n° 163/2006), emerge per tabulas che l'Azienda Sanitaria Locale resistente ha patentemente violato il predetto limite normativo, accordando ripetutamente all'A.T.I. controinteressata la proroga del servizio di ristorazione ai ricoverati presso le strutture ospedaliere e sanitarie territoriali della A.S.L. Taranto per periodi temporali notevolmente superiori al termine massimo di sei mesi (solo con deliberazione n° 2396 del 25 Giugno 2009, l'Azienda Sanitaria Locale di Taranto ha, infine, indetto la procedura di gara per l'affidamento del servizio in questione).*

*La domanda di risarcimento danni (pure) azionata dalla Società ricorrente va invece respinta, poiché la sfera giuridica e patrimoniale della ricorrente (che agisce in giudizio quale impresa operante nel settore oggetto della gara) trova integrale reintegrazione con la pronuncia di annullamento dell'impugnata proroga del servizio per l'anno 2009 (e di caducazione degli atti conseguenti), implicante l'obbligo per l'Azienda Sanitaria Locale resistente di immediata indizione della gara pubblica per l'affidamento dell'appalto del servizio di che trattasi (per il vero, già indetta - nelle more del giudizio - con l'esibita deliberazione del Direttore Generale n° 2396 del 25 Giugno 2009).*

La tesi dell'immediata applicabilità della recente normativa ostativa è stata sostenuta dal **TAR Campania-Napoli, Sez. I, nella sentenza n. 20502 del 20 dicembre 2005**, in relazione ad un ricorso proposto da una ditta operante nel settore del trasporto scolastico nella provincia di Benevento, la quale, dopo aver premesso in fatto che

- con bando del 2000 il comune di Cusano Mutri indiceva una gara mediante pubblico incanto per l'appalto del servizio di trasporto di alunni per l'anno scolastico 2000-2003;
- che la ditta odierna ricorrente, a seguito di esclusione dell'unica altra ditta concorrente, si aggiudicava la gara in forza del ribasso offerto pari allo 0.001%;
- che alla scadenza del primo triennio veniva rinnovata l'aggiudicazione alle stesse condizioni economiche;
- che con delibera di G.M. del Comune di Cusano Mutri n. 39 del 24 febbraio 2005 si è disposto (per la seconda volta) il rinnovo in favore della ditta Di

Biase dell'appalto del servizio di trasporto scolastico per il triennio 2005/2008;

tutto ciò premesso, impugna gli atti in epigrafe, rilevando come la proroga ivi disposta si pone in contrasto con consolidati principi, sia di diritto nazionale che di diritto comunitario, che impongono l'indizione della gara e che non può trovare applicazione l'art. 44 l. n. 724/94.

Il giudice di prime cure nell'accogliere il ricorso, sviluppa le seguenti osservazioni in diritto

*La domanda principale concerne l'annullamento della determinazione con la quale il Comune di Cusano Mutri ha rinnovato, per la seconda volta e per il triennio 2005-2008, il contratto in scadenza il 30 giugno 2005 in base al quale la ditta odierna controinteressata svolgeva il servizio di trasporto scolastico.*

*L'amministrazione resistente ha ritenuto infondata la dedotta censura di violazione dell'art. 44 della legge 1994 n. 724, recante il divieto di rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, perché la medesima disposizione ammette la rinnovazione quando sussistano ragioni di convenienza e di pubblico interesse, che nella specie si sarebbero. Parte ricorrente contesta tale conclusione rilevando, per un verso, che la norma invocata richiede due presupposti: la convenienza, da intendersi come situazione vantaggiosa sul piano economico, e le ragioni di tutela dell'interesse pubblico, che nella specie non sono state congruamente individuate. E, per altro verso, l'illegittimità dell'impugnato atto alla luce dell'entrata in vigore della diversa disciplina sul punto contenuta nella recente Legge n. 62/05.*

*Occorre dunque darsi carico in primo luogo della fondatezza del ricorso onde stabilire se la disposta rinnovazione del contratto fosse da considerare legittima.*

Peraltro, la vicenda poneva una preliminare questione di legittimazione all'impugnazione in ragione delle difese spiegate dalla P.A. resistente, la quale aveva osservato che il ricorrente non disponesse nella specie di quella posizione qualificata e differenziata che la avrebbe abilitata a chiedere in giudizio l'annullamento del provvedimento di rinnovo del contratto ai sensi dell'art. 6 della legge n. 537 del 1993 in ragione del mancato possesso del certificato di idoneità professionale per l'attività in questione. Nondimeno il Collegio supera tale eccezione ed affronta la questione di merito, osservando che

*Sul punto deve ribadirsi che la scelta della pubblica amministrazione di rinnovare il contratto ai sensi dell'art. 6 della legge n. 537 del 1993, nel testo sostituito dall'art. 44 della legge n. 724 del 1994 può essere impugnata da ogni soggetto che operi nel medesimo settore nel quale si svolge il rapporto in corso, per l'evidente ragione che l'eventuale illegittimità del provvedimento, ove accertata dal giudice, aprirebbe la via ad una procedura concorsuale che potrebbe risolversi con l'acquisizione del servizio. E' noto, del resto, il principio consolidato nella giurisprudenza amministrativa che riconosce la tutelabilità dell'interesse c.d. strumentale.*

*Orbene, essendo il ricorrente soggetto attivo nel settore della trasporto scolastico ed in possesso dei requisiti di cui al D.M. 448/91 in forza della costituzione di associazione in partecipazione ex art. 2549 e ss. c.c. (cfr. documenti in atti) e come tale aspirante all'aggiudicazione del servizio, ne consegue l'infondatezza*

della dedotta eccezione di inammissibilità.

*Il Collegio, venendo al merito, ritiene di non poter condividere le argomentazioni con cui parte resistente ha ritenuto sussistenti la ragioni di convenienza imposte dall'art. 6 comma 2, della legge n. 537 del 1993 (nel testo sostituito dall'art. 44 della legge n. 724 del 1994), per la circostanza che il contratto era stato rinnovato alle stesse condizioni del precedente.*

*E' da condividere in primo luogo l'opinione che, con il concetto di convenienza, la legge abbia voluto riferirsi al profilo del vantaggio economico che sarebbe derivato dalla rinnovazione. Milita in tal senso il rilievo che una lettura dell'espressione riferita ad una generica convenienza, nel senso di opportunità connessa alle ragioni gestionali più svariate, si risolverebbe in un apprezzamento di pubblico interesse. E poiché il pubblico interesse è espressamente menzionato come secondo presupposto della rinnovazione si porrebbe ad una lettura tautologica della norma.*

*Ma, oltre ciò, assumono rilievo le disposizioni di cui all'art. 6, commi 6 e 11, della legge in esame recanti disposizioni specificamente dirette ad acquisire le informazioni concernenti i prezzi correnti al precipuo fine di valutare la convenienza della rinnovazione.*

*Se ne trae il convincimento che il profilo delle condizioni di carattere economico, alle quali il contratto sarebbe stato rinnovato avrebbe dovuto essere oggetto di una istruttoria che nella specie non è stata condotta. Né allo stesso fine poteva considerarsi sufficiente la circostanza che l'impresa titolare del servizio avrebbe continuato a svolgerlo agli stessi prezzi già praticati con il precedente rapporto.*

*E' evidente infatti che – in disparte la questione sulla reiterazione del potere di rinnovo - in tal modo risulta elusa la finalità della disposizione applicata, da individuarsi nella imposizione di nuove negoziazioni capaci di ottenere le economie oggettivamente possibili in relazione alle concrete condizioni di mercato.*

Soprattutto vengono in rilievo le seguenti precisazioni in ordine alla nuova normativa in materia

*Va peraltro osservato che l'illegittimità dell'impugnato provvedimento emerge, più in radice, anche alla luce della nuova disciplina sopravvenuta in materia. Ed, invero, viene in linea di conto il disposto di cui all'art. 23 della legge 18 aprile 2005, n. 62, recante Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2004: tale norma, infatti, ha modificato la disciplina in materia di rinnovo dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, disponendo, all'art. 23, comma 1, che l'ultimo periodo dell'art. 6, comma 2, delle legge 24 dicembre 1993, n. 537 e successive modificazioni, è soppresso.*

*In particolare, con specifico riferimento al caso di specie, viene in rilievo la previsione di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 23, che disciplinano espressamente la sorte dei contratti già scaduti, o in scadenza nei sei mesi successivi all'entrata in vigore della legge:*

*Essi, infatti, consentono rispettivamente, per quanto attiene ai contratti inerenti l'acquisto o la fornitura di beni e servizi, una proroga non superiore ai sei mesi per il tempo necessario alla stipula di nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica; per quanto attiene ai contratti inerenti lo svolgimento di funzioni o servizi pubblici non aventi rilevanza economica in quanto non ricadenti*

*nell'ambito dell'art. 113 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, la proroga del rapporto per una sola volta e per un periodo di tempo non superiore alla metà dell'originaria durata contrattuale (comunque non oltre la data del 31 dicembre 2008), a condizione che sia pattuita la riduzione del corrispettivo di almeno il 5 per cento.*

*Tali disposizioni, nel disciplinare la situazione del contraente che, a contratto scaduto ovvero a ridosso della sua scadenza, si trova nell'impossibilità giuridica di ottenere un rinnovo che invece, al momento della stipula del contratto originario era possibile, devono ritenersi applicabile al caso, quale quello di specie, di contratto derivante da un (secondo) rinnovo, poiché escludono espressamente, anche per i contratti non ancora scaduti, l'ipotesi del rinnovo, ammettendone unicamente una proroga limitata nel tempo ed assoggettata a determinate condizioni.*

*In altre parole, se si legge la norma in questione nella sua interezza, non può non rilevarsi il collegamento logico fra le diverse previsioni: da un lato, il comma 1, in attuazione delle richieste della Commissione, elimina le disposizioni inerenti il rinnovo espresso e motivato dei contratti pubblici; dall'altro, i commi 2 e 3 disciplinano contestualmente la proroga eventuale dei contratti stessi, facendo espresso riferimento ai contratti scaduti o in scadenza entro sei mesi, e presupponendo pertanto che il rinnovo non possa più avere luogo neppure per i contratti già scaduti (siano essi già o non ancora rinnovati all'entrata in vigore della legge), che possono soltanto essere prorogati alle condizioni previste.*

*Tale orientamento, inoltre, trova un ulteriore supporto argomentativo nella ratio legis e nella collocazione della norma all'interno della Legge comunitaria per il 2004, assumendo decisiva rilevanza, al riguardo, la genesi della disposizione considerata.*

*Infatti, come già osservato in dottrina, la Commissione Europea ha avviato nei confronti dell'Italia apposita procedura di infrazione n. 2110/2003, in quanto le disposizioni dettate dall'art. 44 della legge n. 724/1994 e dall'art. 6 della legge n. 537/1993 "consentirebbero alle amministrazioni pubbliche di attribuire, in modo diretto e senza alcuna procedura di messa in concorrenza, nuovi appalti di servizi e di forniture, che verrebbero così affidati mediante procedure non coerenti con il diritto comunitario...Invero le norme in questione interpretate sistematicamente risultano già abrogate. Le censure mosse ... nondimeno muovono dalla constatazione di pronunce giurisprudenziali e prassi amministrative orientate nel senso di ammettere la vigenza delle norme in questione. Stante un'obiettivo incertezza interpretativa ..si rende utile l'emanazione di apposita norma...che consenta di porre fine alla procedura di infrazione".*

*Ne consegue che l'art. 23 della legge n. 62/2005 costituisce la diretta risposta del legislatore alle censure della Commissione e, per tale motivo, la ratio legis è proprio quella di massimamente tutelare il principio dell'evidenza pubblica (obbligo di gara) in materia di contratti della pubblica amministrazione. Tanto più che i principi e le direttive comunitarie in materia di appalti impongono il rispetto della concorrenza e della par condicio quali principi fondanti della disciplina comunitaria degli appalti pubblici, e quindi il ricorso alle procedure di evidenza pubblica (gara) nella scelta dei contraenti delle pubbliche amministrazioni, senza che tali principi possano essere elusi attraverso forme (quali, nell'ottica della Commissione Europea, il rinnovo) alternative alla gara.*

*Lo scopo della norma del 2005 sembra, così, essere quello di eliminare le*

*fattispecie di rinnovo contrattuale in sé considerato, sia esso tacito o espresso, rendendo comunque necessario, alla scadenza del contratto, l'espletamento delle gare ad evidenza pubblica in conformità con la disciplina comunitaria e con i principi generali dell'ordinamento.*

*Ne consegue che se si potesse ritenere che tale norma non si applica ai contratti in essere, essa verrebbe svuotata di gran parte del suo significato, con conseguente violazione della ratio legis ad essa stessa sottesa.*

*In conclusione la deliberazione impugnata risulta affetta dai vizi denunciati e va quindi annullata.*

Infine, interessanti argomentazioni si traggono dalla pronuncia in esame, con riferimento alla contestuale istanza risarcitoria spiegata dalla ditta ricorrente contestualmente all'impugnazione dell'atto di proroga

*Deve allora procedersi all'esame della domanda di risarcimento del danno che parte ricorrente assume di aver subito per effetto della perdita della chance di partecipare ad una pubblica gara per l'affidamento del servizio nel periodo in questione. A quest'ultimo riguardo lamenta di essere stato privato illecitamente di una entità economicamente rilevante che sarebbe appartenuta al suo patrimonio, ossia la chance di partecipare la gara che il Comune avrebbe indetto se non si fosse avvalso, illegittimamente, della facoltà di rinnovo di cui all'art. 6 della legge n. 537 del 1993.*

*La tesi va disattesa.*

*In disparte l'esiguità temporale del periodo di servizio coperto dall'impugnato provvedimento, deve osservarsi come nella specie, se è da ammettere la titolarità di un interesse qualificato all'impugnazione, per la sua valenza strumentale verso la astratta prospettiva di una scelta favorevole dell'Amministrazione, nondimeno la possibilità di acquisizione del servizio è a tal punto ipotetica e remota da far escludere la figura del danno giuridicamente rilevante ai fini della tutela risarcitoria.*

*Il ricorso, dunque, per questa parte deve essere rigettato*

Conclusioni analoghe, anche sulla scorta della prima giurisprudenza del Consiglio di Stato formatasi in materia, ha proposto T.A.R. Abruzzo Pescara, 18 novembre 2006 , n. 716, secondo cui

*Il Collegio è dell'avviso che la controversia, così come proposta, sia devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativa sia in base al principio generale che devolve alla giurisdizione di questo giudice la tutela degli interessi legittimi, che in base al disposto dall'art. 6, n. 19, della L. 24 dicembre 1993, n. 537, che attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione in via esclusiva nella materia del rinnovo dei contratti pubblici. Per giungere a tale conclusione, deve necessariamente partirsi dall'esame di tale normativa, avendo riferimento alle modificazioni di recente introdotte al suo testo originario.*

*Tale art. 6, al n. 2, nella sua originaria formulazione e dopo la modifica introdotta dall'art. 44 della L. 23 dicembre 1994, n. 724, disponeva testualmente che "è vietato il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, ivi compresi quelli affidati in concessione a soggetti*

*iscritti in appositi albi. I contratti stipulati in violazione del predetto divieto sono nulli. Entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertano la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi e, ove verificata detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione". Mentre il successivo n. 19 dello stesso articolo, dispone a sua volta che "Le controversie derivanti dall'applicazione del presente articolo sono devolute alla giurisdizione, in via esclusiva, del giudice amministrativo".*

*Come è noto l'ultimo periodo del predetto art. 2 è stato soppresso dall'art. 23, n. 1, della L. 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004); il successivo n. 2 dello stesso articolo ha poi consentito solo la "proroga" dei contratti per acquisti e forniture di beni e servizi solo, però, "per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge".*

*Sull'interpretazione di tale normativa ed, in particolare, sulla possibilità o meno di disporre la proroga o il rinnovo dei contratti in corso, anche in presenza di una specifica clausola contrattuale che tale possibilità avesse previsto, si è di recente pronunciato il Giudice di appello, che con alcune decisioni aventi analogo contenuto (Cons. St. IV, 31 ottobre 2006, n. 6457 e segg.) ha avuto modo di meglio precisare la genesi ed il significato della normativa in questione.*

*Innanzitutto, ha premesso che la modifica introdotta dal predetto art. 23 deve intendersi finalizzata, come si ricava dall'esame della relazione illustrativa e dalla collocazione sistematica della disposizione, all'archiviazione di una procedura di infrazione comunitaria (n. 2003/2110) avente ad oggetto proprio la previsione normativa nazionale della facoltà di procedere al rinnovo espresso dei contratti delle pubbliche amministrazioni, ritenuta incompatibile con i principi di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi cristallizzati negli artt. 43 e 49 del Trattato CE e con la normativa europea in tema di tutela della concorrenza nell'affidamento degli appalti pubblici, e che, quindi, ogni esegesi della sua portata applicativa deve essere coerente con tale ratio e con tale scopo della innovazione normativa introdotta.*

*In conformità a tale premessa metodologica, ha quindi osservato che all'eliminazione della possibilità di provvedere al rinnovo dei contratti di appalto scaduti, disposta con tale art. 23, deve assegnarsi una valenza generale ed una portata preclusiva di opzioni ermeneutiche ed applicative di altre disposizioni dell'ordinamento che si risolvono, di fatto, nell'elusione del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici. Solo, infatti, rispettando il canone interpretativo appena indicato si assicura l'effettiva conformazione dell'ordinamento interno a quello comunitario, mentre, accedendo a letture sistematiche che riducano la portata precettiva del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici scaduti e che introducano indebite eccezioni, si finisce per vanificare la palese intenzione del legislatore del 2005 di adeguare la disciplina nazionale in materia a quella europea e, quindi, per conservare profili di conflitto con quest'ultima del regime giuridico del rinnovo dei contratti di appalto delle pubbliche amministrazioni.*

*Ne consegue che, in coerenza con la regola ermeneutica appena sintetizzata, non solo l'intervento normativo di cui a tale art. 23 deve essere letto ed applicato in modo da escludere ed impedire, in via generale ed incondizionata, la rinnovazione*



*di contratti di appalto scaduti, ma anche l'esegesi di altre disposizioni dell'ordinamento che consentirebbero, in deroga alle procedure ordinarie di affidamento degli appalti pubblici, l'affidamento, senza gara, degli stessi servizi per ulteriori periodi deve essere condotta alla stregua del vincolante criterio che vieta (con valenza imperativa ed inderogabile) il rinnovo dei contratti.*

*In applicazione di tale parametro interpretativo si è anche affermato che la natura imperativa ed inderogabile della sopravvenuta disposizione legislativa che introduce un divieto generalizzato di rinnovazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni implica la sopravvenuta inefficacia delle previsioni, amministrative e "contrattuali", configgenti con il nuovo e vincolante principio, che non tollera la sopravvivenza dell'efficacia di difformi clausole negoziali (attesa la natura indisponibile degli interessi in esse coinvolti). In estrema sintesi, da un'attenta lettura della normativa comunitaria e statale vigente deriva che allo stato non è possibile procedere al rinnovo (sia espresso, che tacito) dei contratti in corso, ma solo alla loro proroga per il tempo strettamente necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica "a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi"; di conseguenza, clausole contrattuali, stipulate precedentemente all'entrata in vigore della legge comunitaria 2004, non possono oggi legittimare l'adozione da parte dell'Amministrazione di atti di proroga o di rinnovo dei contratti in corso e ciò proprio perché l'azione amministrativa deve conformarsi alla normativa vigente.*

Di poco successive sono alcune pronunce del TAR Lazio, volte a completare il quadro normativo attraverso una più complessiva sistemazione della nuova normativa nel più generale contesto della disciplina degli appalti. In particolare, da un lato, si ribadisce che la ratio dell'art. 23 legge 62/2005 (c.d. legge comunitaria 2004) può rinvenirsi nell'esigenza di salvaguardia di una effettiva esplicazione della libera concorrenza del mercato, attraverso l'eliminazione di un indiscriminato ricorso a procedure derogatorie al principio della gara ad evidenza pubblica, onde scongiurare una prassi di uniformità di attribuzione di pubblici servizi in assenza di uniformità e trasparenza di procedure; dall'altra parte, si precisa che, Nonostante il disposto in questione, è ammissibile il rinnovo del contratto scaduto laddove tale possibilità sia stata prevista dal bando di gara e ricorrano i presupposti e le condizioni di cui all'art. 7, 2° comma, lett. f), D.lgs. n. 157/1995, il quale prevede la trattativa privata 'per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati allo stesso prestatore di servizi mediante un precedente appalto aggiudicato dalla stessa amministrazione: ed, invero, nell'ordinamento comunitario è da ritenere consentito, sia pure in presenza di determinate condizioni, il ricorso alla trattativa privata, in assenza di previo bando di gara. In particolare, nell'ordinamento italiano, l'art. 7, 2° comma, lett. f), D.lgs. n. 157/1995, prevede che gli appalti di servizi possono essere aggiudicati a trattativa privata, senza preliminarne pubblicazione di un bando di gara, tra le altre ipotesi, per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati allo stesso prestatore di servizi mediante un precedente appalto aggiudicato dalla stessa amministrazione, purché tali servizi siano conformi a un progetto di base per il quale sia stato aggiudicato un primo appalto conformemente alle procedure ad evidenza pubblica, con ammissibilità del ricorso alla trattativa privata, solo nei tre anni successivi alla conclusione dell'appalto iniziale, ove sia espressamente indicato in occasione del

primo appalto ed il costo complessivo stimato dei servizi successivi sia stato preso in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per la determinazione del valore globale dell'appalto.

Vengono soprattutto in linea di conto, due coeve decisioni (T.A.R. LAZIO - ROMA - SEZIONE I BIS - sentenze del 12.12.05 nn. 13405 e 13403) rese in fattispecie analoghe in cui, nell'approssimarsi del termine di scadenza del vincolo negoziale di alcuni rapporti contrattuali (per i quali era espressamente prevista la possibilità di proroga annuale), la P.A ha comunicato (con le impugnate note) di non poter procedere al rinnovo stesso in applicazione della disposizione di cui all'art. 23, comma I, della legge 62/2005. Nella parte in diritto si legge che

*Oggetto di controversia è la determinazione adottata dall'intimato Ministero in ordine alla ritenuta impossibilità di avvalersi della facoltà di procedere al rinnovo del contratto stipulato con la parte ricorrente - avente ad oggetto il servizio di manovalanza occasionale ed urgente presso Enti e Reparti dell'A. D.- lotto 9 ed in scadenza il 31.12.2005, in relazione all'entrata in vigore dell'art. 23, primo comma, della legge 18 aprile 2005, n. 62, recante "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004",*

*Come noto, con l'art. 6, legge n. 537/1993, introdotto il divieto di rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, pena la nullità degli stessi atti negoziali, si disponeva, al secondo comma che, entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni potessero accertare la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi.*

*Il legislatore nazionale è, da ultimo, intervenuto in ordine a quanto disposto in materia di rinnovo contrattuale, con la sopra richiamata legge 62/2005 - c.d. legge comunitaria 2004 - disponendo, a mente dell'art. 23, 1° comma, la soppressione dell'ultimo periodo dell'articolo 6, comma 2, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, nella parte in cui, appunto era prevista alla facoltà di procedere a rinnovi contrattuali, sia pure sulla base di una valutazione del pubblico interesse.*

*La norma, in altri termini, non ha espressamente sancito un divieto generalizzato di ricorrere all'istituto del rinnovo negoziale tout court, ma è intervenuta chirurgicamente nell'ambito di pregressa norma finanziaria, elidendone un parte. La questione che si pone con l'odierna controversia è, dunque, se la novella del 2005 abbia, o meno, valenza estensiva in ordine a qualunque ipotesi di rinnovo dei contratti aventi ad oggetto l'affidamento di servizi pubblici, tenuto anche conto che il legislatore, con disposizione transitoria, ha previsto la possibilità di prorogare per un limitato periodo i contratti in scadenza o già scaduti all'entrata in vigore della stessa disposizione normativa, con contestuale avvio delle nuove procedure di affidamento (c.fr art. 23, secondo comma).*

*Ritiene il Collegio, in proposito, che la portata della norma in esame, nella parte in cui espunge dall'ordinamento norma recante la possibilità di rinnovo contrattuale - fermo rimanendo il divieto di rinnovo tacito - non può essere disgiunta dal necessario coordinamento con la normativa di matrice comunitaria di cui al D.lgs. 157/1995, recante attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi.*

*Osserva il Collegio che la ratio sottesa alla soppressione operata dall'art. 23, legge 62/2005, in coerenza con gli obblighi derivanti dall'appartenenza dello Stato*

italiano all'Unione Europea, può rinvenirsi nell'esigenza di salvaguardia di una effettiva esplicazione della libera concorrenza del mercato, attraverso l'eliminazione di un indiscriminato ricorso a procedure derogatorie al principio della gara ad evidenza pubblica, onde scongiurare una prassi generalizzata di attribuzione di pubblici servizi in assenza di uniformità e trasparenza di procedure. Peraltro, non può essere disconosciuto come anche all'interno dello stesso ordinamento comunitario sia pacificamente consentito, sia pure in presenza di determinate condizioni, il ricorso alla trattativa privata, in assenza di previo bando di gara.

Viene in considerazione, sotto il delineato profilo, l'art. 7, secondo comma, lett. f), D. lgs 157/1995, nella parte in cui è previsto che gli appalti ivi contemplati possono essere aggiudicati a trattativa privata, senza preliminare pubblicazione di un bando di gara, tra le altre ipotesi, per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati allo stesso prestatore di servizi mediante un precedente appalto aggiudicato dalla stessa amministrazione, purché tali servizi siano conformi a un progetto di base per il quale sia stato aggiudicato un primo appalto conformemente alle procedure ad evidenza pubblica, con ammissibilità del ricorso alla trattativa privata, solo nei tre anni successivi alla conclusione dell'appalto iniziale, ove sia espressamente indicato in occasione del primo appalto ed il costo complessivo stimato dei servizi successivi sia stato preso in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per la determinazione del valore globale dell'appalto.

Osserva il Collegio che il rinnovo contrattuale, consistente, come noto, in una nuova negoziazione tra le medesime parti per l'instaurazione di un nuovo rapporto giuridico, si atteggia quale trattativa privata, ovvero, quale rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale tra gli originari contraenti, e che, dunque, la stessa trova piena praticabilità, sia pure nei limiti di un'eccezionale deroga all'esperimento di procedure selettive ad evidenza pubblica, come indicati dalla normativa di matrice comunitaria sopra esaminata.

Il ricorso a detto strumento negoziale, siccome espressamente previsto dalla stessa norma nazionale di recepimento di quella comunitaria, non si pone contrasto con i sopra enunciati principi di concorrenza e trasparenza tutte le volte che detta facoltà sia stata espressamente considerata in sede di indizione della prima gara e recepita nella conclusiva stipula contrattuale.

Ed invero, la conoscenza di una tale possibilità in sede di espletamento della competizione concorsuale pone tutti i partecipanti su di un medesimo piano, in quanto tutti egualmente in condizione di tenerne in debito conto in sede di elaborazione dell'offerta.

Sotto altro aspetto, la stessa stazione appaltante, che pure potrebbe prevedere in sede di gara l'affidamento di un servizio pluriennale, riservandosi, invece, la facoltà di un rinnovo, ha la possibilità di raggiungere un arco temporale più lungo attraverso fasi successive, all'inizio di ognuna delle quali conserva, peraltro, la potestà di verificare la persistenza di un pubblico interesse all'espletamento del servizio, ovvero, di verificarne l'adeguatezza alle esigenze poste a base dell'affidamento.

Con riferimento specifico ai fatti in controversia, deve rilevarsi come l'Amministrazione della Difesa avesse affidato alla parte ricorrente con contratto in data 18 gennaio 2005 il servizio de quo a seguito di espletamento di procedura ad evidenza pubblica, il cui bando prevedeva espressamente la rinnovabilità annuale

*del contratto, per un massimo di tre anni, dunque nei limiti indicati dall'art. 7, II comma, lett. f), D. lgs. 157/1995. Dunque, l'aggiudicazione dell'appalto de quo, avvenuta previo esperimento di gara comunitaria, si è concretizzata sulla base della presentazione di offerte calibrate anche in vista di un possibile rinnovo delle prestazioni allo stesso connesse, potendo le imprese partecipanti, ivi compresa l'aggiudicataria odierna ricorrente, ragionevolmente confidare nel rinnovo del contratto, ove ricorrenti le ragioni di pubblico interesse alla base della facoltà del rinnovo stesso.*

*A quanto sopra consegue che l'aver previsto nel bando di gara prima, e nel vincolo negoziale poi, il ricorso all'istituto del rinnovo del contratto, non pregiudica i sopra enucleati principi, ma anzi si inserisce nello stesso solco della normativa comunitaria, di cui reca applicazione nel nostro ordinamento giuridico il Decreto legislativo 157/1995.*

*Pertanto, la norma in esame non ha intaccato - né avrebbe potuto - la piena espansività del complesso di norme di rango comunitario in materia di affidamento di pubblici servizi, con la conseguenza che il Ministero della Difesa ha erroneamente ritenuto applicabile al caso che ne occupa la novella del 2005, non potendo la stessa essere considerata preclusiva dell'esercizio del potere di procedere al rinnovo del contratto di appalto de quo, già attribuito alla parte ricorrente a seguito di espletamento di procedura ad evidenza pubblica, in virtù del ricorso dell'istituto della trattativa privata secondo quanto disciplinato con il più volte richiamato art. 7, II comma, lett. f), D. lgs. 157/1995. Conclusivamente, sulla base delle superiori considerazioni, è illegittimo il provvedimento in impugnativa, siccome basato su erroneo presupposto di diritto. Peraltro, stante la manifesta fondatezza del ricorso, il Tribunale può assumere una decisione in forma semplificata, ai sensi dell'art. 3 e 9, L. 205/2000 - della cui possibilità sono state rese edotte le parti in camera di consiglio - con annullamento del provvedimento in impugnativa, e con ogni effetto in ordine al successivo sviluppo procedimentale concernente l'affidamento in controversia, in relazione al potere discrezionale di addivenire all'affidamento del servizio de quo attraverso lo strumento stabilito dall'art. 7, secondo comma, D. lgs 157/1995.*

Va peraltro segnalato come in tempi successivi lo stesso Tribunale amministrativo romano abbia compiutamente ridefinito il delicato tema della distinzione tra proroga e rinnovo, precisando che mentre la prima costituisce un semplice spostamento in avanti dell'efficacia temporale del contratto attraverso la mera dilazione del termine di scadenza del stesso (normalmente preordinata a non interrompere il servizio durante il tempo necessario alla selezione del nuovo contraente), diversamente il secondo istituto si concreta in un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale, con conseguente obbligo, per la parte pubblica, di dare contezza della valutazione comparativa effettuata e dell'interesse pubblico a mantenere il medesimo contraente (**Tar Lazio, Roma, sez. I bis, 13.2.06 n. 1064**).

*Il giudizio relativo al ricorso – chiamato all'odierna Camera di Consiglio per la deliberazione della domanda cautelare dalla parte ricorrente incidentalmente proposta – viene immediatamente definito nel merito, ai sensi dell'art. 3, comma I, della legge 21 luglio 2000 n. 205.*

*Ricorrono, quanto alla sottoposta vicenda contenziosa, i presupposti (completezza*

*del contraddittorio processuale e del materiale istruttorio rilevante ai fini di un'eshaustiva delibazione del proposto thema decidendum) dalla citata disposizione contemplati ai fini di consentire un'immediata definizione del merito della controversia.*

*1. La disamina del proposto gravame non può non trarre spunto dalle indicazioni contenute nella sentenza di questa Sezione n. 13403 del 12 dicembre 2005, le cui statuizioni parte ricorrente assume siano state eluse dall'intimata Amministrazione della Difesa mediante l'emanazione degli atti con il presente ricorso avversati. Il thema decidendum portato all'attenzione della Sezione con la proposizione del ricorso n. 10591/2005 – a fronte del quale è stata resa la (ora) citata pronuncia n. 13403/2005 – riguardava il diniego di rinnovo di rapporto contrattuale in scadenza, fondato sul rilievo (asseritamente) preclusivo al riguardo assunto dalla previsione introdotta dall'art. 23 della legge 18 aprile 2005 n. 62.*

*Ebbe modo di rilevare la Sezione, in tale circostanza, che la portata applicativa della citata disposizione di legge fosse insuscettibile di applicazione disgiuntamente "dal necessario coordinamento con la disciplina di matrice comunitaria di cui al D.Lgs. 157/1995": in particolare osservando che "la ratio sottesa alla soppressione operata dall'art. 23 della legge 62/2005, in coerenza con gli obblighi derivanti dall'appartenenza dello Stato italiano all'Unione Europea, può rinvenirsi nell'esigenza di salvaguardia di una effettiva esplicazione della libera concorrenza del mercato, attraverso l'eliminazione di un indiscriminato ricorso a procedure derogatorie al principio della gara ad evidenza pubblica, onde scongiurare una prassi generalizzata di attribuzione di pubblici servizi in assenza di uniformità e trasparenza di procedure".*

*Per quanto concernente, in particolare, la legittima ricorribilità allo strumento della trattativa privata al fine dell'affidamento di servizio, la Sezione ha avuto, inoltre, modo di evidenziare come tale ipotesi sia espressamente contemplata dall'art. 7, Il comma, lett. f), del D.Lgs 157/1995, nella parte in cui è previsto che gli appalti ivi contemplati possono essere aggiudicati a trattativa privata, senza preliminarmente pubblicazione di un bando di gara, tra le altre ipotesi, per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati allo stesso prestatore di servizi mediante un precedente appalto aggiudicato dalla stessa amministrazione, purché tali servizi siano conformi a un progetto di base per il quale sia stato aggiudicato un primo appalto conformemente alle procedure ad evidenza pubblica, con ammissibilità del ricorso alla trattativa privata, solo nei tre anni successivi alla conclusione dell'appalto iniziale, ove sia espressamente indicato in occasione del primo appalto ed il costo complessivo stimato dei servizi successivi sia stato preso in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per la determinazione del valore globale dell'appalto".*

*Osservato, alla stregua di quanto sopra posto in luce, che "il rinnovo contrattuale, consistente, come noto, in una nuova negoziazione tra le medesime parti per l'instaurazione di un nuovo rapporto giuridico, si attegga quale trattativa privata, ovvero, quale rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale tra gli originari contraenti: e che, dunque, la stessa trova piena praticabilità, sia pure nei limiti di un'eccezionale deroga all'esperimento di procedure selettive ad evidenza pubblica, come indicati dalla normativa di matrice comunitaria sopra esaminata", la decisione di che trattasi ha quindi escluso che "il ricorso a detto strumento negoziale, siccome espressamente previsto dalla stessa norma nazionale di recepimento di quella comunitaria" potesse porsi in "contrasto con i sopra*

*enunciati principi di concorrenza e trasparenza tutte le volte che detta facoltà sia stata espressamente considerata in sede di indizione della prima gara e recepita nella conclusiva stipula contrattuale”.*

*Ha conseguentemente ritenuto la Sezione che il resistente Ministero della Difesa avesse “erroneamente ritenuto applicabile al caso che ne occupa la novella del 2005, non potendo la stessa essere considerata preclusiva dell’esercizio del potere di procedere al rinnovo dei contratti di appalto di che trattasi, già attribuito alla parte ricorrente a seguito di espletamento di procedura ad evidenza pubblica, in virtù del ricorso dell’istituto della trattativa privata secondo quanto disciplinato con il più volte richiamato art. 7, Il comma, lett. f), D. Lgs. 157/1995”: per l’effetto disponendo, in accoglimento del proposto mezzo di tutela, l’annullamento degli atti con esso impugnati.*

*2. Quanto sopra doverosamente premesso, viene ora in considerazione l’odierno gravame, con il quale CO.LO.COOP – come illustrato in narrativa – si duole che l’Amministrazione della Difesa abbia:*

*- disposto la proroga dei rapporti contrattuali precedentemente in essere (e scaduti alla fine del 2005) limitatamente al solo mese di gennaio 2006;*

*- autorizzato il ricorso alla procedura in economia per assicurare i medesimi servizi dal mese di febbraio al mese di aprile 2006;*

*conseguentemente disponendo l’avvio delle relative procedure per la valutazione dei preventivi relativi allo svolgimento del servizio in discorso successivamente alla proroga come sopra assentita.*

*Quanto sopra posto (ed impregiudicato il fatto che, come evidenziato dalla documentazione depositata all’odierna camera di Consiglio, la “ricerca di mercato” strumentale all’affidamento in economia del servizio sia stata “annullata” con telex del 9 gennaio 2006), va posto in evidenza – con la necessaria chiarezza – che la proroga del contratto scaduto è istituto diverso ed inassimilabile rispetto al rinnovo del rapporto stesso.*

*Mentre la proroga del termine finale di un appalto pubblico di servizi sposta solo in avanti la scadenza conclusiva del rapporto (il quale resta regolato dalla sua fonte originaria), il rinnovo del contratto comporta, infatti, una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, ossia un rinnovato esercizio dell’autonomia negoziale (cfr. T.A.R. Lazio, sez. I-bis, 31 marzo 2005 n. 2367).*

*In altri termini, la proroga del contratto determina il solo effetto del differimento del termine di scadenza del rapporto (il quale resta regolato dalla convenzione annessa all’atto di affidamento di un servizio), mentre il rinnovo del contratto, anche se in forma tacita, comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, ossia un rinnovato esercizio dell’autonomia negoziale: conseguentemente dimostrandosi presente una sostanziale differenza, sia sul piano giuridico-concettuale, che con riferimento alle ricadute effettuali, fra gli istituti della proroga e della rinnovazione del contratto (cfr., in termini, Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2003 n. 9302 e sez. VI, 22 marzo 2002 n. 1767; nonché T.A.R. Lazio, sez. III-bis, 18 dicembre 1996 n. 2418, 11 novembre 1996 n. 2073, 24 luglio 1996 n. 1417 e 17 maggio 1996 n. 1029).*

*Tale difformità concettuale – ben nota – ha ricadute applicative immediatamente percepibili nell’ambito dello stesso testo contrattuale di che trattasi. Infatti, l’art. 3 del contratto ha distintamente previsto:*

*- la rinnovabilità del rapporto (di anno in anno, per un termine massimo di due anni) previa manifestazione del consenso espresso delle parti, da perfezionarsi*

*entro il 30 settembre 2005 ed accertamento, da parte dell'Amministrazione, della "sussistenza delle ragioni di convenienza e pubblico interesse alla prosecuzione del rapporto contrattuale";*

*- la prorogabilità del rapporto stesso, realizzabile mediante esercizio, ad opera della P.A., della "facoltà unilaterale di estendere la validità dello stesso per un periodo non superiore a quattro mesi successivi alla scadenza".*

*Quanto all'atto impugnato con il presente gravame, non viene in considerazione alcun diniego di rinnovo del contratto in questione: quanto, piuttosto, la delimitazione temporale della prorogabilità dello stesso (prevista nel termine massimo di mesi quattro) al solo mese di gennaio 2006.*

*Alla stregua di tale considerazione – che parte ricorrente non sembra aver adeguatamente considerato all'interno dell'articolata prospettazione dedotta con il presente gravame – non può esimersi il Collegio dall'osservare che la pretesa elusione del giudicato non è suscettibile di favorevole apprezzamento.*

*Va al riguardo constatato che:*

*- in primo luogo, non può essere invocata (in senso proprio) l'esecuzione di un "giudicato" laddove sia tuttora pendente, come nel caso in esame, il termine per la proposizione di appello avverso la sentenza n. 14303/2005: piuttosto venendo in considerazione, se del caso, l'attuazione del comando giudiziale recato da una pronunzia immediatamente esecutiva, secondo quanto stabilito dall'art. 33 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034;*

*- secondariamente, non può comunque essere evocata l'"elusione" della pronunzia in discorso, atteso che, se quest'ultima è stata notificata all'Amministrazione in data 27-28 dicembre 2005, gli atti oggetto di impugnazione con il presente gravame sono stati adottati in epoca antecedente (recando essi la data del 6, 13, 15 e 16 dicembre 2005): intuibilmente, non potendo assumersi la pretesa "elusione" di una sentenza non conosciuta al momento dell'adozione delle citate determinazioni amministrative;*

*- e, ulteriormente, l'eventuale "elusione" della sentenza n. 13403/2005 (peraltro in configurabile, atteso quanto affermato ai precedenti alinea) comunque non viene utilmente in considerazione, atteso che tale pronunzia si è limitata a dare atto dell'illegittimità del diniego di rinnovo del contratto (sul quale, attesa la valenza conformativa insita nella predetta decisione, l'Amministrazione dovrà, in ogni caso, nuovamente determinarsi), senza nulla affermare quanto alla prorogabilità del rapporto scaduto (alla quale, giova ribadirlo, non è in alcun modo assimilabile l'eventuale rinnovabilità dello stesso); da ultimo dovendosi rilevare, sotto il profilo dell'osservanza delle corrette modalità di proposizione del ricorso volto a lamentare la mancata "attuazione" del giudicato, come la diffida ad adempiere il comando contenuto nella ripetuta sentenza n. 13403/2005 sia stata notificata nei confronti dell'Amministrazione solo in data 18 gennaio 2006 (e, quindi, in epoca largamente anteriore alla proposizione dell'odierno gravame, notificato il precedente 30 dicembre 2005).*

*Alla stregua delle esposte considerazioni, non può esimersi la Sezione dal dare atto dell'inammissibilità del gravame, limitatamente alla pretesa esecutiva del "giudicato" costituente, nell'ambito del predetto mezzo di tutela, autonomo capo di domanda.*

*3. Il ricorso è, invece, infondato quanto alla contestata legittimità della determinazione con la quale l'intimata Amministrazione della Difesa ha delimitato al solo mese di gennaio la proroga del rapporto contrattuale.*

*Va in proposito ribadito che, a termini del contratto, tale facoltà poteva essere dalla Stazione appaltante esercitata per un arco temporale massimo di quattro mesi.*

*Ed è stata esercitata, nel caso in esame, disponendosi la proroga del rapporto scaduto per il solo mese di gennaio, con contestuale affidamento in economia del servizio per il successivo trimestre febbraio-aprile 2006.*

*Le censure al riguardo prospettate dalla parte ricorrente non rivestono giuridico pregio.*

*Nel ribadire la non dirimente chiarezza offerta dall'atto introduttivo del presente giudizio quanto alle difformità concettuali e contenutistiche fra gli istituti della proroga e del rinnovo, va rimarcato che l'esercizio della proroga in questione – peraltro connotata da valenza temporalmente astretta – corrisponde a facoltà legittimamente esercitabile dall'Amministrazione, previo svolgimento di apprezzamento avente ampia latitudine discrezionale. Né tale scelta deve essere assistita da apparato motivazionale particolarmente pregnante, in quanto normalmente preordinata al soddisfacimento del pubblico interesse insito nella garanzia della prosecuzione dello svolgimento del servizio (in capo al precedente affidatario) nelle more dello svolgimento delle procedure necessarie per l'individuazione del contraente al quale affidare – previa stipula di nuovo rapporto negoziale – l'attività stessa. Diversamente dalla proroga, è invece la rinnovazione del rapporto (che esclude, per il relativo arco temporale di vigenza, l'indizione di una nuova procedura di selezione) ad abbisognare di un più congruo conforto motivazionale: e ciò in quanto essa deve essere preceduta dall'accertamento, ad opera dell'Amministrazione, circa la sussistenza del pubblico interesse a rinnovare il rapporto con il precedente contraente, mediante l'acquisizione, anche formale, di utili elementi di valutazione comparativa per accertare se è il caso di orientarsi per una scelta diversa o se è il caso di confermare nel pregresso rapporto l'originario interlocutore (sussistendo in tale ultimo caso l'onere di dare contezza precisa, in base agli utili elementi acquisiti, delle ragioni di convenienza tenute presenti). Né, d'altro canto – e pur ribadito l'apprezzamento ampiamente discrezionale che assiste, nell'an come nel quando, la scelta, da parte dell'Amministrazione, di avvalersi della proroga del contratto nei limiti in cui essa sia consentita – parte ricorrente ha offerto all'attenzione della Sezione alcun utile elemento di giudizio volto a confutare – fuori dall'affermata (quanto insussistente) elusione del "giudicato" – la congruità del termine (mensile) della disposta proroga del rapporto; ovvero, ex converso, a sostenere la (indimostratamente affermata) illegittimità del ricorso alla procedura in economia per lo svolgimento del servizio nel successivo trimestre febbraio-aprile 2006. Tali considerazioni impongono la reiezione del proposto mezzo di tutela, relativamente al capo di domanda con il quale viene sostenuta l'illegittimità degli atti impugnati, nella parte in cui viene autorizzata la proroga degli intercorrenti contratti di appalto rep. nn. 7411 e 7412 del 3 agosto 2004 e 7441 del 22 dicembre 2004 per il solo mese di gennaio 2006, nel contempo manifestandosi l'intendimento di avvalersi di procedure in economia per i mesi febbraio-aprile 2006.*

*4. Ribadite le svolte considerazioni – e, con esse, l'inaccoglibilità del presente gravame, rivelatosi in parte inammissibile ed in parte infondato – dispone conclusivamente il Collegio di porre le spese di lite a carico della parte*



*soccombente, giusta la liquidazione di cui in dispositivo.*

### **Il quadro normativo risultante dal Codice dei contratti pubblici.**

Si tratta di indicazioni significativamente recepite nel nuovo **codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture (D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, in G.U. 2.5.06, s.o. 107/L)**, la cui disciplina al riguardo, portando a compimento ed armonica sistemazione la materia in esame, si articola su tre fondamentali coordinate normative

- a) viene ribadito il divieto di rinnovo tacito dei contratti scaduti, con conseguente nullità dei contratti rinnovati in contrasto con tale prescrizione (art. 57, comma 7)
- b) nell'ambito dell'innovativa disciplina della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, si prevede che la stessa è consentita anche per i nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale, e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi e lavori successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28. (art. 57, comma 5, lett. b);
- c) l'art. 29, comma 1, stabilisce che per il calcolo del valore stimato degli appalti e delle concessioni si deve tener conto anche di "*qualsiasi forma di opzione e rinnovo del contratto*";
- d) l'art. 29, comma 10, individua la base per il calcolo del valore stimato dell'appalto per quegli appalti pubblici di forniture e servizi che presentano carattere di regolarità o "sono destinati a essere rinnovati entro un determinato periodo"<sup>65</sup>[2];
- e) l'art. 125, comma 10, lett. c), a mente del quale, l'acquisizione in economia di beni e servizi è ammessa - oltre che in relazione all'oggetto e ai limiti di importo delle singole voci di spesa, preventivamente individuate con provvedimento di ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche esigenze - nell'ipotesi di prestazioni periodiche di servizi, forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, nella misura strettamente necessaria. Quanto alla procedura si ricorda che, a mente del successivo comma 11, per servizi o forniture di importo pari o superiore a ventimila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per servizi o forniture inferiori a

ventimila euro, e' consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.

- f) nella disciplina del riparto di giurisdizione in materia - ribadita la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, nonché di quelle relative ai provvedimenti sanzionatori emessi dall'Autorità - viene confermato l'ampio utilizzo della giurisdizione esclusiva anche con riferimento a talune significative vicende relative allo svolgimento ultrattivo del rapporto negoziale, chiarendosi che vanno proposte, in via esclusiva, dinanzi al giudice amministrativo anche le controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti, oltre che quelle relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica (art. 244, comma 3).

### **L'interpretazione della giurisprudenza amministrativa di primo grado.**

La portata positiva di queste norme viene colta soprattutto nella giurisprudenza dei giudici amministrativi di primo grado, i quali, attraverso la previsione e le garanzie sottese alla disposizione di cui al richiamato art.57, comma 5, lett. b., del codice appalti, concludono per la percorribilità del rinnovo espresso: ed, invero, i più stringenti presupposti scolpiti dalla norma codicistica (a fronte della indeterminatezza della clausola in bianco contenuta nella previgente normativa e, per tale motivo, colpita dagli interventi di stampo comunitario, ruotante attorno ai generici concetti di interesse pubblico e convenienza economica) rispondono proprio all'esigenza di temperare sia le esigenze organizzative della P.A., attraverso la possibilità di modulare la durata del contratto e di valutare la possibilità di mantenere il medesimo contraente dopo aver già conosciuto le sue capacità di espletazione del servizio (a fronte dell'incertezza, dell'alea, dei tempi e dei costi di una nuova procedura ad evidenza pubblica); sia le esigenze di massima apertura nelle contrattazioni con la pubblica amministrazione attraverso il rispetto di tutti i principi che informano le gare pubbliche. Così, ad esempio, T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 18 aprile 2007, n. 4063, con riguardi ad una fattispecie relativa ad un contratto originariamente avente una durata limitata ad un anno, con previsione di eventuale rinnovabilità dello stesso in presenza di un accordo tra le parti, ha soggiunto che:

*Il rinnovo del contratto comporta una nuova negoziazione, cioè un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale.*

*Pertanto, nella specie, le parti hanno concordato non solo variazioni di prezzo, ma anche modificazioni dell'oggetto del servizio appaltato, tant'è che il canone mensile ne è risultato più che raddoppiato rispetto al prezzo di aggiudicazione.*

*Non è superfluo rammentare che l'art. 6 della legge n. 537 del 1999, al comma 2, nel vietare il rinnovo tacito dei contratti per la fornitura di beni e servizi, consentiva la rinnovazione espressa, purché fossero accertate ragioni di convenienza e di pubblico interesse. A tale disposizione è da aggiungere l'art. 27, co. 6, della legge n. 488 del 1999 (norma indirizzata alle amministrazioni statali,*

*ma certamente recepibile anche nell'ambito regionale) che ha ammesso il rinnovo degli appalti in scadenza nel triennio 2000-2002 per una sola volta e per un periodo non superiore a due anni, subordinatamente ad una riduzione del corrispettivo, in misura di almeno il 3% e fermo restando il rimanente contenuto del contratto. La possibilità di rinnovi, espressi oltre che taciti, è ora preclusa dall'art. 23 della legge n. 62 del 2005, introdotto per ragioni di adeguamento all'ordinamento comunitario, fatta salva unicamente la restrittiva applicazione della procedura negoziata prevista dall'art. 57 del d. lgs. n. 163 del 2006. Invero, esula dall'oggetto del presente giudizio ogni valutazione in ordine alla compatibilità con l'ordinamento regionale, nazionale e comunitario delle vicende relative all'appalto in esame. È solo da osservare come la società ricorrente, che ha aderito alla possibilità di rinnovare (e di ampliare) il contratto senza l'espletamento di una procedura concorsuale, accettando una riduzione del prezzo, concordando un ampliamento delle prestazioni e pattuendo la prosecuzione del rapporto, non ha titolo nel contempo a pretendere l'applicazione del meccanismo revisionale che è piuttosto destinato ad operare quando l'appaltatore è legato da un vincolo duraturo al quale non può sottrarsi.*

In termini più espliciti, lo stesso giudice amministrativo partenopeo (TAR Campania, Sez. I, 6 maggio 2008, n. 3379) ha osservato, con specifico riguardo ad una censura di ricorso investente la previsione del capitolato speciale di appalto, che prevede la possibilità di una proroga del rapporto per ulteriori due anni alla scadenza del quinquennio di durata del contratto., che non può trovare accoglimento la tesi prospettata da parte ricorrente alla cui stregua la previsione della *lex specialis* sarebbe in contrasto con l'art. 9 dir. 2004/18/CE e con l'art. 4, co. 7, del d.lgs. 157/95 e consentirebbe alla stazione appaltante il ricorso alla trattativa privata in mancanza dei presupposti di legge; con ciò riflettendosi, altresì, sulla validità dell'offerta dell'aggiudicataria, parametrata su una durata di soli cinque anni del rapporto e non coincidente, dunque, con la integrale durata del contratto. In particolare, circoscritte nei predetti termini, per il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, le questioni di legittimità in esame, secondo il Tar esse risultano infondate atteso che

*Il fatto che il rinnovo risultasse programmato come facoltà eventuale negli atti di gara rendeva, infatti, avvertiti tutti i possibili concorrenti, sin dall'inizio, del potenziale sviluppo del rapporto contrattuale, garantendo la trasparenza e la par condicio tra gli operatori economici; ed in tal senso la clausola contestata non appare immediatamente e direttamente lesiva degli interessi delle ricorrenti, avendo le stesse regolarmente partecipato alla gara nei termini prescritti dal bando, con una offerta parametrata, al pari di quella dell'ATI Del Bo, sull'importo forfettario posto a base di gara dalla *lex specialis* ed essendo il rinnovo biennale una mera possibilità futura che, per la struttura stessa dell'appalto (comprendente, in origine, una significativa quota di lavori chiaramente non replicabili) e del prezzo, appare subordinata non soltanto all'avveramento delle condizioni previste nell'art. 45 del c.s.a., ma ad una rinegoziazione delle prestazioni, anche economiche, delle parti.*

*Peraltro, per quanto concerne il dedotto contrasto con la richiamata disciplina comunitaria (art. 9, § 1, dir. 2004/18/CE, secondo cui il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico "tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni e di rinnovi eventuali del contratto"), va*

*rilevato che il termine di conformazione del diritto nazionale alla nuova direttiva scadeva il 31 gennaio 2006 (art. 80 dir. cit.), cioè in data successiva a quella di pubblicazione del bando di gara sulla G.U.C.E. (il 15 dicembre 2005, come riferiscono le stesse ricorrenti).*

*Quanto all'art. 4, co. 7, del d.lgs. 157/95, esso stabiliva che "Nei casi in cui l'appalto preveda espressamente delle opzioni, la base per il calcolo del valore del contratto è data dal suo massimo valore complessivo autorizzato, comprendente gli elementi opzionali" (dando attuazione all'art. 6, § 7, dir. 92/50/CEE, secondo il quale "nei casi in cui l'appalto proposto preveda espressamente diversi elementi opzionali, la base per il calcolo del valore del contratto è data dal suo massimo valore complessivo possibile, comprendente gli elementi opzionali"): laddove nel caso in esame non si è in presenza di elementi opzionali dell'appalto.*

Proprio con riguardo ad una fattispecie pleno jure assoggettata al nuovo regime giuridico delineato dal codice dei contratti pubblici, si segnala la recente pronuncia del T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, 14 gennaio 2009, n. 49, la quale con precipuo riguardo al disposto di cui all'art. 57, 5 comma, lett.b), del D.Lgs. n. 163/2006 (nel testo modificato dal D. Lgs. n. 113/2007), ha chiarito che

*La norma in esame, nel disciplinare la cosiddetta procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, e cioè i casi in cui è possibile derogare al principio della necessaria selezione del contraente attraverso procedure aperte, ristrette o negoziate ma operanti nell'alveo di una gara, indica in presenza di quali presupposti la stazione appaltante può aggiudicare un contratto pubblico senza preventiva pubblicazione del bando di gara.*

*La fattispecie posta al vaglio del Collegio rientra appunto nella previsione normativa racchiusa nell'art. 57, comma 5, lettera B del sopra citato decreto legislativo.*

*Il precetto normativo in esame abilita la stazione appaltante ad avvalersi della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara: 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 base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, fino alle soglie di cui all'articolo 28.*

*Osserva, a tal punto, il Collegio che il Consiglio Comunale di Melendugno ha legittimamente fatto ricorso alla procedura negoziata di cui all'art. 57, comma 5 lettera B del d.lgs 163/06, data la sussistenza di tutti i presupposti previsti dalla norma per l'accesso allo speciale procedimento di individuazione del contraente. Detti presupposti vanno ravvisati :a) nella analogia tra il nuovo servizio affidato in via diretta e quelli già aggiudicati dalla medesima stazione appaltante in sede di contratto iniziale;b) nella conformità del nuovo servizio ad un progetto base che deve essere stato vagliato dalla stazione appaltante in sede di contratto iniziale;c) nella previsione dell'impiego della procedura semplificata entro i tre anni dalla*

*stipula del contratto iniziale; d) nel contenimento del valore del contratto iniziale con l'aggiunta di quello stipulato in estensione, fino alle soglie di cui all'art. 28 del d.lgs 163/2006*

*Dette condizioni appaiono soddisfatte nel caso di specie tenuto conto della similitudine esistente tra la riscossione della Tosap (tassa occupazione suolo pubblico), delle imposte sulla pubblicità e pubbliche affissioni (già aggiudicate alla Ser.Fin con contratto stipulato dopo apposita procedura ad evidenza pubblica) e la riscossione dell'ICI, stante la riconducibilità dei tributi in questione al catalogo delle entrate tributarie.*

*Deve ritenersi poi sussistente la conformità del nuovo servizio al progetto base vagliato dal comune di Melendugno in sede di contratto iniziale.*

*Lo stesso consiglio comunale dà atto, nel corpo della delibera impugnata, di avere proficuamente sperimentato la collaborazione con la società Ser.Fin per la gestione e riscossione dei tributi già affidate dopo espletamento di pubblica gara secondo il progetto presentato dal concessionario.*

*Deve poi sottolinearsi che l'affidamento diretto del servizio di riscossione dell'ICI alla società contro interessata risulta approvato con la delibera censurata nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale (intercorso tra il Comune di Melendugno e la Ser.Fin in data 21 dicembre 2005).*

*Infine, pure rispettata è la condizione del contenimento del valore globale del contratto entro i limiti di cui all'art. 28 del d.lgs 163 del 2006, non superandosi il tetto complessivo di 211.000,00.*

*È dunque legittimo il ricorso, da parte di un Comune, alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ai sensi dell'art. 57, comma 5 lettera B del d.lgs 163/2006, al fine di affidare il servizio di riscossione dell'ICI a società diversa dal concessionario nazionale della riscossione (ovvero a soggetto diverso dal concessionario territorialmente competente), che sia risultata già aggiudicataria di analoghi servizi di riscossione di entrate tributarie per conto del medesimo ente civico (Tosap, Imposta di pubblicità e di pubbliche affissioni, Iciap), una volta che sia valutata la conformità dei nuovi servizi da aggiudicare ad un progetto base vagliato favorevolmente dalla stazione appaltante in sede di contratto iniziale, e a condizione che il contratto pubblico globalmente considerato (contratto iniziale + nuovi servizi) non superi il valore di 211.000, né sia siglato decorso il triennio dalla stipula del contratto originario.*

### **La posizione del Consiglio di Stato.**

Quanto, infine, alle posizioni espresse sul punto dal giudice di appello, in dottrina (Giuffrè) si è inizialmente riscontrato come, allo stato, sulla corretta interpretazione delle recenti disposizioni in materia di rinnovo non si fosse ancora pronunciato il Consiglio di Stato, atteso che la decisione più recente in materia, aveva ad oggetto un contratto conclusosi nell'anno 1995 e si riferisse alla corretta interpretazione del secondo comma dell'art. 6 L. n. 537/93 (proprio quello soppresso dalla legge comunitaria 2004). Per un verso, tale pronuncia - innovando rispetto ai pregressi arresti dello stesso consesso (i quali, da un lato, facevano decorrere il trimestre ivi previsto dalla scadenza del contratto: cfr. Consiglio di Stato con la sentenza n. 9320/03; e, dall'altro lato, precisavano che le ragioni di opportunità e di convenienza che le amministrazioni devono accertare per la rinnovazione contrattuale, necessitano di una esplicitazione e di una compiuta istruttoria solo nel caso in cui detta facoltà venga esercitata e non nel caso

inverso, tant'è che è prescritto il dovere comunicazione nella sola ipotesi in cui l'amministrazione decida di avvalersi del rinnovo, ma non nell'ipotesi inversa: cfr. Consiglio di Stato, sezione: V, 15.7.05 n. 3788) – precisa che ai sensi dell'art. 6 L. 537/1993 s.m.i., concernente il divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di servizi e forniture, le amministrazioni devono comunicare espressamente ai contraenti anche il diniego di rinnovo entro tre mesi prima della scadenza del contratto. Infatti, sebbene la norma faccia riferimento all'ipotesi di rinnovo (prescrivendo che l'amministrazione, valutate le ragioni di pubblico interesse e di convenienza può rinnovare espressamente il contratto comunicandolo al contraente entro tre mesi dalla scadenza del contratto stesso), anche il diniego di rinnovo rimane soggetto alle medesime disposizioni, con il conseguente obbligo per l'amministrazione non solo di adottare la determinazione, ma anche di comunicarla alla controparte nel termine previsto.

Per altro verso, omette – anche in considerazione della concreta fattispecie posta al suo vaglio, trattandosi dell'impugnazione avverso una sentenza con cui il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, sede di Bologna - Sezione Seconda, ha respinto il ricorso volto ad ottenere l'annullamento del provvedimento in data 8 agosto 1995 con il quale la Giunta Provinciale di Forlì - Cesena ha stabilito, ai sensi dell'art. 6 della L. 24 dicembre 1993 n. 537 come sostituito dall'art. 44 L. 23 dicembre 1994 n. 724, di non rinnovare il contratto n. 24555 del 27 novembre 1992 tra di essi intercorrente e relativo al servizio di pulizie presso un Istituto tecnico provinciale - alcun cenno in ordine all'avvenuta abrogazione della norma né all'istituto del rinnovo in generale

Così dunque CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE V - Sentenza 28 febbraio 2006 n. 868

*La controversia, nei limiti in cui è pervenuta a questa sede d'appello, si risolve nel quesito su quale sia l'interpretazione più corretta da dare all'espressione "entro tre mesi dalla scadenza dei contratti", contenuta nel testo dell'art. 6 della L. 24 dicembre 1993 n. 537 come sostituito dall'art. 44 L. 23 dicembre 1994 n. 724.*

*La disposizione, com'è noto, stabilisce: "È vietato il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, ivi compresi quelli affidati in concessione a soggetti iscritti in appositi albi. I contratti stipulati in violazione del predetto divieto sono nulli. Entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertano la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi e, ove verificata detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione."*

*Nel caso di specie, facendo applicazione di tale disposto normativo ad un contratto destinato a scadere il 31 agosto 1995, l'Amministrazione in data 21 giugno 1995 ha invitato l'impresa ricorrente ad esplicitare le condizioni per l'eventuale rinnovo del contratto; l'8 agosto seguente ha deciso di non rinnovarlo e con nota del 4 settembre 1995 ha informato di tanto l'interessata.*

*Questa sostiene che, alla stregua del citato art. 44, il diniego di rinnovo sarebbe dovuto esserle comunicato non oltre il 31 maggio 1995, riguardando la norma contratti in corso da rinnovare prima della loro scadenza e dovendosi intendere la proposizione "entro" nel senso di "prima di".*

*L'assunto merita di essere condiviso.*

*Questa Sezione ha già avuto modo di affermare (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7*

febbraio 2002 n. 727) che la locuzione "entro tre mesi dalla scadenza dei contratti" non può essere intesa nel senso di tre mesi dopo la scadenza del contratto, ostandovi una semplice ragione sistematica espressa dalla sua collocazione nel testo dell'articolo. Essa, invero, segue la norma che, sancendo il divieto di rinnovo tacito, non consente neppure che il rapporto possa proseguire dopo la sua scadenza senza essere stato espressamente rinnovato. Si richiede, quindi, per un verso, che la conferma del rapporto sia espressa, secondo i principi generali in materia di contratti della pubblica Amministrazione; per altro verso, che la scelta di derogare, oppure no, alla regola generale del ricorso al libero mercato attraverso una procedura concorsuale di evidenza pubblica sia, non solo preventiva e ponderata, ma anche adottata in tempo utile per provvedere, se del caso, all'esperimento della gara. Tempo che il legislatore ha ritenuto congruo fissare non più tardi di tre mesi prima che il precedente contratto venga a scadere, al fine di evitare soluzione di continuità nell'erogazione del servizio.

Deve aggiungersi, peraltro, che la norma non prescrive soltanto che la determinazione sia adottata nel termine in questione, ma che nello stesso termine sia anche comunicata alla controparte contrattuale del rapporto in corso.

Dalla lettera della disposizione (le amministrazioni accertano la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi e, ove verificata detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione) sembrerebbe che la comunicazione debba intervenire soltanto nell'ipotesi in cui l'Amministrazione verifichi la sussistenza delle ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione del contratto.

Deve ritenersi, peraltro, che tale obbligo di comunicazione sussista e nello stesso termine, a maggior ragione, quando si tratti di rendere nota la volontà contraria. Se è vero, infatti, che, sancendo il divieto di rinnovo tacito, la norma rafforza la previsione dello scioglimento del rapporto contrattuale alla scadenza prestabilita, la stessa norma, tuttavia, non esclude totalmente l'eventualità del rinnovo, che rimette alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione in presenza dei presupposti di legge. L'attribuzione di siffatta facoltà, pertanto, alimenta nella controparte privata un'aspettativa suscettibile di tutela attraverso il sindacato di legittimità sull'accertamento e sulla valutazione dei presupposti della decisione amministrativa.

Di qui l'obbligo dell'Amministrazione di tempestiva informazione dell'imprenditore titolare del rapporto in corso anche nel caso di risoluzione negativa, a tutela dell'interesse configurabile in capo a costui di essere messo in condizione di conoscere in tempo utile l'intendimento dell'Amministrazione ed organizzare adeguatamente le sue risorse in vista dell'ormai sicuro scioglimento del rapporto contrattuale. Si tratta, del resto, di obbligo che, nel rispetto dei principi di imparzialità e buona amministrazione (art. 97 Cost), s'inquadra nel più ampio dovere dell'Amministrazione di clare loqui e di correttezza nell'ambito dei rapporti intersoggettivi, specialmente quando questi abbiano contenuto patrimoniale. Per le ragioni fin qui esposte, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, che ha considerato legittima la comunicazione del diniego di rinnovo dopo la scadenza del contratto, il ricorso di primo grado dev'essere accolto, con annullamento del provvedimento con esso impugnato.

Spese e competenze del presente grado di giudizio seguono, come di regola, la soccombenza.

Successivamente, il giudice amministrativo di appello ha espresso un indirizzo fortemente rigido sul regime applicabile all'istituto proroga/rinnovo, valorizzando l'impronta comunitaria delle modifiche sullo stesso intervenute. Così perentoriamente Consiglio di Stato, sez. V, 08 luglio 2008, n. 3391

*Sulla portata di tale normativa si è pronunciata la IV Sezione del Consiglio di Stato che, con decisione 31 ottobre 2006, n. 6457, ha avuto modo di chiarire quanto segue.*

*"Deve premettersi che la modifica introdotta dall'art. 23 l. n. 62/05 deve intendersi finalizzata, come si ricava dall'esame della relazione illustrativa e dalla collocazione sistematica della disposizione, all'archiviazione di una procedura di infrazione comunitaria (n. 2003/2110) avente ad oggetto proprio la previsione normativa nazionale della facoltà di procedere al rinnovo espresso dei contratti delle pubbliche amministrazioni, ritenuta incompatibile con i principi di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi cristallizzati negli artt. 43 e 49 del Trattato CE e con la normativa europea in tema di tutela della concorrenza nell'affidamento degli appalti pubblici, e che, quindi, ogni esegesi della sua portata applicativa dev'essere coerente con la ratio e con lo scopo della relativa innovazione, per come appena evidenziati.*

*In conformità a tale premessa metodologica, deve osservarsi che all'eliminazione della possibilità di provvedere al rinnovo dei contratti di appalto scaduti, disposta con l'art. 23 l. n. 62/05, deve assegnarsi una valenza generale ed una portata preclusiva di opzioni ermeneutiche ed applicative di altre disposizioni dell'ordinamento che si risolvono, di fatto, nell'elusione del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici.*

*Solo rispettando il canone interpretativo appena indicato, infatti, si assicura l'effettiva conformazione dell'ordinamento interno a quello comunitario, mentre, accedendo a letture sistematiche che riducano la portata precettiva del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici scaduti e che introducano indebite eccezioni, si finisce per vanificare la palese intenzione del legislatore del 2005 di adeguare la disciplina nazionale in materia a quella europea e, quindi, per conservare profili di conflitto con quest'ultima del regime giuridico del rinnovo dei contratti di appalto delle pubbliche amministrazioni.*

*Ne consegue che, in coerenza con la regola ermeneutica appena sintetizzata, non solo l'intervento normativo di cui all'art. 23 l. n. 62/05 dev'essere letto ed applicato in modo da escludere ed impedire, in via generale ed incondizionata, la rinnovazione di contratti di appalto scaduti, ma anche l'esegesi di altre disposizioni dell'ordinamento che consentirebbero, in deroga alle procedure ordinarie di affidamento degli appalti pubblici, l'affidamento, senza gara, degli stessi servizi per ulteriori periodi dev'essere condotta alla stregua del vincolante criterio che vieta (con valenza imperativa ed inderogabile) il rinnovo dei contratti.*

*Né varrebbe, ancora, sostenere l'illegittimità del controverso diniego sulla base dell'argomento della previsione della possibilità del rinnovo nel bando di gara e nel successivo contratto, posto che la natura imperativa ed inderogabile della sopravvenuta disposizione legislativa che introduce un divieto generalizzato di rinnovazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni implica la sopravvenuta inefficacia delle previsioni, amministrative e contrattuali, configgenti con il nuovo e vincolante principio, che non tollera la sopravvivenza dell'efficacia di difformi*



*clausole negoziali (attesa la natura indisponibile degli interessi in esse coinvolti)". Da quanto sopraesposto emerge dunque che in tema di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, ma vige il principio che, salvo espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara (salva la limitata proroga di cui sopra).*

*Pertanto, allorquando un'impresa del settore lamenti che alla scadenza di un contratto non si è effettuata una gara, fa valere il suo interesse legittimo al rispetto delle norme dettate in materia di scelta del contraente e l'eventuale nullità o inefficacia della clausola contrattuale che preveda un rinnovo o una proroga va accertata in via incidentale dal giudice amministrativo, competente a conoscere in via principale della eventuale lesione del predetto interesse legittimo.*

*Deve dunque concludersi per la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla presente controversia. [...]*

*che il provvedimento in questione si pone in contrasto con la disciplina della materia, e specificamente con l'art. 23 della L. 18 aprile 2005, n. 62, che, mentre al comma 1 ha vietato il rinnovo dei contratti, al successivo comma. 2 ha consentito, come già sopraevidenziato, solo la "proroga" dei contratti per acquisti e forniture di beni e servizi "per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge".*

*Nella fattispecie invece la proroga-rinnovo è stata disposta per quattro anni e non è stato bandito alcun concorso.*

*Né può valere la circostanza che il disciplinare ed il contratto, relativi al quadriennio decorrente dal 1 marzo 2003, menzionato sopra, prevedessero la possibilità di proroga-rinnovo per quattro anni, perché si è già visto che, per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 23 della legge n. 62/2005, deve ritenersi che si è verificata l'inefficacia sopravvenuta di qualsiasi disposizione contrattuale contrastante con detta norma.*

Da ultimo, il Consiglio di Stato ha avuto modo di approfondire il tema alla luce dei nuovi parametri normativi (dell'art. 23 della l. n. 65/2005; art. 57, comma 5, lett. b del codice dei contratti; l'analoga e corrispondente disposizione della direttiva 2008/14/CE), ribadendo, con riguardo all'esecuzione dei servizi messi a gara, l'illegittimità della impugnata proroga dei rapporti già in essere. Nella specie, la proroga dei rapporti pregressi, pacifica in punto di fatto, è stata ritenuta dalla stazione appaltante esente da alcun profilo di illegittimità vuoi perché non si tratta di rinnovo ma di proroga tecnica in pendenza di gara, vuoi perché, anche a voler ragionare in termini di rinnovo, questo sarebbe consentito dall'art. 57 del codice dei contratti pubblici, vuoi, infine, perché quella considerata sarebbe stata una scelta obbligata per far fronte ad ineludibili esigenze pubbliche. Diversamente i giudici di Palazzo Spada ritengono che le proroghe in questione, oltre a violare il disposto dell'art. 23 della l. n. 65/2005, contraddicano al generale principio dell'evidenza pubblica, il cui rispetto è imposto anche dal dovere di preservare il diritto alla libera concorrenza, garantito a livello comunitario in materia di appalti

pubblici, richiamando al propria giurisprudenza per cui, una volta espunta dall'ordinamento la disposizione che, a determinate condizioni, consentiva il rinnovo espresso dei contratti (art. 6, secondo comma, della l. 537/1993), il sistema non prevede infatti altra via che quella del reperimento del contraente secondo le regole dell'evidenza pubblica (Cons. Stato, Sez. V, 8 luglio 2008, n. 3391). Ciò comporta, a livello ermeneutico, un vincolo in sede di interpretazione di ogni altro strumento o disposizione che possano, in linea teorica, raggiungere un effetto sostanzialmente identico a quello del rinnovo: si vuol dire che la stessa logica che presiede al divieto di rinnovo esclude che ad un effetto simile (ed altrettanto pregiudizievole per il principio di concorrenza) possa legittimamente pervenirsi attraverso la proroga dei rapporti già in essere. Si aggiunge che, d'altronde, la proroga dei contratti (proprio per la sua potenziale nocività nei confronti dei principi dell'evidenza pubblica e della salvaguardia della concorrenza) non è un istituto stabile dell'ordinamento ma è stata prevista dall'art. 23 della l. 62/2005 soltanto nella fase transitoria successiva all'abrogazione dell'istituto del rinnovo (ed anche in tale fase risultava circondata da particolari garanzie, come la durata non superiore a sei mesi e la celere pubblicazione del bando di gara) sicché oggi essa risulta persino priva della necessaria base normativa.

Come spunto innovativo e costruttivo, la citata sentenza non esclude in radice la perseguibilità di strumenti volti a conseguire l'effetto di ultrattività di un rapporto negoziale in scadenza, ma precisano che questa è teorizzabile, ancorandola al principio di continuità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), nei soli, limitati ed eccezionali, casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione) vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente. Ciò, evidentemente, al fine di esitare comportamenti elusivi volti a qualificare come mera proroga tecnica situazioni in realtà coincidenti perfettamente con la fenomenica del rinnovo, laddove ci si trovi di fronte ad una indeterminata prosecuzione dei precedenti rapporti, con durata complessiva del rapporto persino superiore a quella massima ordinariamente presa in considerazione dal diritto comunitario.

Nondimeno, chiamati a pronunciarsi specificamente sul disposto di cui al citato art. 57 del codice dei contratti, i giudici di appello, in primo luogo, ribadiscono il proprio precedente indirizzo (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 31 ottobre 2006, n. 6457, resa con riferimento alla previgente, analoga disciplina dettata dall'art. 7, comma 2, lett. f, del d.lgs. 157/95), secondo cui anche tale disposizione va interpretata in senso restrittivo e ciò proprio per evitare che questa possa risolversi in uno strumento per aggirare l'ormai pacifico divieto di rinnovo. In secondo luogo, rivisitando la nota dicotomia rinnovo-proroga, si osserva 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 del codice postula una nuova aggiudicazione (sia pure in forma negoziata) alla stregua di un progetto di base. Di qui la conclusione per cui*

*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 istituti sovrapponibili.*

Ancora significativo si presenta l'ulteriore passaggio della sentenza in esame, in cui, scendendo dal livello generale ad un'analisi strettamente esegetica dell'art. 57, si 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.*

Infine, un'ulteriore conferma dell'impostazione rigorosa seguita nella decisione in commento viene tratta da argomenti di livello sistematico, con specifico riguardo al regime dei requisiti di qualificazione richiesti ai partecipanti alla procedura di evidenza pubblica con eventuale proroga, sul presupposto (discutibile) della necessità, in caso di proroga, che questi ultimi siano doverosamente calibrati anche rispetto all'eventuale segmento di ultrattività del rapporto contrattuale.

*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).*

Di qui la conclusione – in qualche modo agevolata dalle peculiarità del caso di specie (in cui, per un verso, quale l'esigenza di disporre di un servizio di magazzino era comunque certamente presente alla stazione appaltante al momento della stipula del contratto originario, e, per altro, verso, che la plurima prorogabilità dei rapporti in questione, ovvero recte, la loro rinnovabilità, non era stata prevista nel bando originario e che le proroghe delle quali si discute, lungi dal risultare conformi ad un progetto di base, non hanno comunque avuto luogo entro i tre anni dalla stipulazione del contratto iniziale) - per cui 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.

Né ovviamente rileva la circostanza che quella seguita fosse, una strada obbligata per assicurare l'espletamento di servizi essenziali, atteso che, come correttamente rilevato dai giudici amministrativi, basta al riguardo notare che il codice dei contratti pubblici (con disposizione anche qui avente carattere ricognitivo e quindi applicabile in via generalizzata) stabilisce che le circostanze di estrema urgenza adducibili a giustificazione di una procedura negoziata senza gara "non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti" (art. 57, secondo comma, lett. c). Ciò vuol dire che se una stazione appaltante non si dà un'adeguata programmazione e non decide per tempo come sostituire alla scadenza un rapporto di appalto, non per questo è autorizzata a procedere (a più riprese) a trattativa privata.

### **L'esperienza normativa e giurisprudenziale siciliana.**

L'orientamento restrittivo del Consiglio di Stato da ultimo ricordato ha trovato seguito, anche in ragione del suo forte ancoraggio comunitario, anche con riferimento all'applicazione dell'istituto della proroga/rinnova con riguardo agli appalti di pubblici servizi in Regione Sicilia.

Quest'ultima ha provveduto a recepire la norma de l'art. 44 L. 724 del 1994 (sostitutiva dell'art. 6 della L. 537/1993) con l'art. 13 della legge finanziaria regionale per il 2002, L.R. 26 marzo 2002, n. 2, avente ad oggetto: "Contratti fornitura beni e servizi", che così stabiliva: "1. Ai contratti di fornitura di beni o servizi, ad esecuzione periodica o continuativa, degli enti di cui all'articolo 1 della legge regionale 29 aprile 1985, n. 21, e delle società a prevalente capitale pubblico degli enti locali si applicano le norme dell'articolo 6, comma 4, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, come sostituito dall'articolo 44 della legge 23 dicembre 1994, n. 724. Dette norme non si applicano ai contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della presente legge, qualora contengano la clausola di applicazione del "prezzo chiuso" di cui all'articolo 70 della legge regionale 12 gennaio 1993, n. 10 e di cui agli articoli 44 e 45 della legge regionale 29 aprile 1985, n. 21 e successive modifiche ed integrazioni in quanto applicabili".

Nondimeno, proprio il rinvio a tale disposizione della legge statale ne ha condizionato il successivo margine di operatività. atteso che, come in precedenza illustrato, la possibilità di procedere a rinnovi contrattuali, sia in forma tacita che espressa, è stata vietata dalla legge comunitaria 2004, L. 18 aprile 2005, n. 62, che ha soppresso l'ultimo periodo dell'art. 6 comma 2 della legge 537 del 1993,

rimanendo in vigore la sola prima parte del predetto art. 6, che sancisce il divieto di rinnovo tacito di contratti delle p.a. Ed invero la norma sul divieto di rinnovo è stata una conseguenza della procedura di infrazione n. 2110/2003, avviata dalla Comunità Europea nei confronti dell'Italia, nella quale si faceva esplicito riferimento alle disposizioni dettate dall'art. 44 della legge 724/1994, ritenute incompatibili con i principi di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi cristallizzati negli artt. 43 e 49 del Trattato CE e con la normativa europea in tema di tutela della concorrenza nell'affidamento degli appalti pubblici.

Per altro verso, in merito al successivo codice dei contratti emanato con il D. Leg. 12 aprile 2006, n. 163, si è osservato che lo stesso, nel riprodurre il divieto di rinnovo tacito dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi, lavori, e la nullità dei contratti rinnovati tacitamente (art. 57, comma 7), contiene nello stesso art. 57 una disposizione che sembrerebbe consentire l'utilizzo dell'istituto del rinnovo, a determinate condizioni.

Tale è la disposizione contenuta nell'art. 57, comma 5 lett. b), laddove si ammette la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nei contratti pubblici relativi a lavori e negli appalti pubblici relativi a servizi, "per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale, e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi e lavori successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28". Del resto appare evidente la già segnalata continuità tra tale norma e quella di cui all'art 7, comma 2, lett. f), D.Lgs. n. 157/95, a sua volta recepita dal legislatore regionale siciliano, nell'ambito della propria potestà esclusiva in materia di appalti, con l'art. 32, comma 1, della L.r. n. 7/2002. (Ciò diversamente da quanto riconosciuto alle altre regioni prive di tale spazio di autonomia legislativa: cfr., da ultimo, Corte costituzionale, 30 luglio 2008, n. 320, secondo cui è costituzionalmente illegittimo l'art. 2 l. reg. Calabria 20 giugno 2007 n. 12. Premesso che la disciplina delle procedure di gara e, in particolare, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione, in quanto mirano a consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti, sono riconducibili all'ambito della materia «tutela della concorrenza» (art. 117, comma 2, lettera e, Cost.), sicché l'esclusività di tale competenza si traduce nella legittima adozione, da parte del legislatore statale, di una disciplina integrale e dettagliata delle richiamate procedure e nell'inderogabilità delle relative disposizioni, idonee ad incidere, nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse sono propri, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano, la norma impugnata, la quale dispone la proroga dei contratti di gestione dei servizi di elisoccorso regionale fino al 31 dicembre 2007, disciplina le procedure di affidamento dell'appalto di un servizio pubblico regionale in deroga alle procedure di gara, così invadendo la sfera di competenza esclusiva del legislatore statale, esercitata con il d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, secondo cui «le Regioni, nel rispetto

dell'articolo 117, comma secondo, della Costituzione, non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente codice in relazione: alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento; ai criteri di aggiudicazione.)

Tanto che, con riguardo a tale disposizione, il Tribunale amministrativo palermitano (**T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 21 giugno 2004 , n. 1162**) aveva avuto modo di precisare che

*Invero, l'art. 6 della L. 24 dicembre 1993, n. 537, come sostituito dall'art. 44 L. n. 724/1994, dispone, nei suoi primi tre commi come segue:*

*"1. Le disposizioni del presente articolo si applicano alle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni e integrazioni.*

*"2. È vietato il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, ivi compresi quelli affidati in concessione a soggetti iscritti in appositi albi. I contratti stipulati in violazione del predetto divieto sono nulli. Entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertano la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi e, ove verificata detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione.*

*"3. Alle finalità previste dal presente articolo le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano provvedono in base alle loro competenze nei limiti stabiliti dai rispettivi statuti e dalle relative norme di attuazione".*

*Orbene, la Regione siciliana, dotata di potestà esclusiva in materia di appalti, ha inteso perseguire le dette finalità, ed anzi, con l'art. 32, comma 1, della L.r. n. 7/2002, disponendo che "Gli appalti di servizi nella Regione sono disciplinati dal decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 e successive modifiche ed integrazioni". In tal modo la Regione ha inteso fare proprio non tanto il criterio di cui all'art. 44, comma 2, Legge n. 724/94, bensì quello di cui all'art 7, comma 2, lett. f), D.Lgs. n. 157/95, che, con disposizione di carattere speciale, prevede la possibilità dell'affidamento degli appalti di servizi allo stesso prestatore di servizi, in forza di precedente aggiudicazione, a trattativa privata ed a condizione che tale possibilità sia stata "... indicata in occasione del primo appalto". Nella fattispecie tale specifica condizione non sussisteva dato che il bando relativo all'appalto aggiudicato alla odierna controinteressata (per il periodo dal 7.1.2003 al 23.12.03), al punto 3, comma II, prevedeva che "Il Comune si riserva di prorogare senza alcuna formalità la scadenza del contratto per un periodo non superiore a mesi tre a decorrere da gennaio 2004 nel caso in cui non abbia potuto definire il nuovo appalto prima dell'inizio dell'anno 2004": una proroga, dunque, temporalmente limitata ed espressamente finalizzata a consentire all'Amministrazione di addivenire all'affadimento del servizio di che trattasi a mezzo di una nuova gara.*

*Non rilevano, in contrario, i pareri espressi in materia dal C.g.a. (n. 148 del 15 marzo 1994 e n. 223 del 19 aprile 1994), secondo cui "la prevista salvezza delle competenze delle Regioni a statuto speciale ... non preclude l'applicabilità della normativa nazionale - ed in specie quella relativa alla rinnovazione dei contratti - sino alla emanazione di diversa disciplina specifica della Regione siciliana". Ed infatti, tale orientamento poteva giustificarsi nel contesto normativo anteriore alla*

*L.r. n. 7/2002, con la quale - come già detto - la Regione è intervenuta in materia assoggettando gli appalti di servizi al D.P.R. 157/1995 e, quindi - relativamente alla proroga dei contratti - alla particolare disposizione di cui art 7, comma 2, lett. f), sopra richiamata.*

*2. Peraltro, nella specie, non risulta nemmeno rispettato il limite di importo fissato dall'art. 34, comma 2, della L.r. n. 7/2002 che, nelle more dell'approvazione dei previsti regolamenti di cui agli articoli 31 e 32, ammette, comunque, il ricorso alla trattativa privata (e quindi anche in caso di proroga dei servizi già aggiudicati) solo allorché si tratti di "importi non superiori a 25.000 euro" (nella specie l'importo complessivo a b.a. è di Euro 1.426.125,76).*

*3. Per completezza d'esame, va osservato che, stando allo stesso parere favorevole espresso dall'Assessorato regionale (cfr. nota, in atti, priva di data e numero di protocollo), la proroga del contratto in corso avrebbe richiesto un provvedimento della giunta municipale e la verifica, in concreto, della economicità della proroga medesima, in ottemperanza a quanto previsto dal secondo comma dell'art. 6 della L. 24 dicembre 1993, n. 537, come sostituito dall'art. 44, L. 724/1994. Di conseguenza, risultano parimenti fondati il IV) ed il V) mezzo di gravame nella parte in cui i ricorrenti lamentano violazione dell'art. 44 cit. e dell'art. 3 legge 7.8.90, n. 241 per difetto di motivazione. Si consideri, in particolare ( ed a prescindere dal profilo relativo alla competenza della giunta) che:*

*A) non risulta, in primo luogo, rispettata la condizione posta dall'art. 44, comma 2, della legge n. 724/94, che prevede l'attivazione della procedura "entro tre mesi dalla scadenza del contratto". Tale "spatium temporis" (contrariamente a quanto si assume da parte della Società odierna resistente pur col supporto della sent. n. 138/1998 del T.A.R. Sardegna) non può intendersi come successivo alla detta scadenza, essendo evidente la volontà della legge di approntare un sistema volto ad escludere l'interruzione del servizio e quindi a far sì che la proroga del relativo contratto in corso venga valutata e decisa dall'Amministrazione prima della sua scadenza. Come già ritenuto dal T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 24 maggio 1999, n. 315, l'art. 44, comma 2, L. 23 dicembre 1994, n. 724 vieta le ipotesi di tacito rinnovo dei contratti della P.A. e disciplina il rinnovo espresso subordinando le relative determinazioni dell'ente da comunicarsi al contraente privato previo accertamento, da effettuarsi tre mesi prima della scadenza, in ordine alla sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse;*

*B) nell'impugnato provvedimento dirigenziale n. 33/2004 risultano astrattamente dichiarati "sussistenti motivi economici, sociali, organizzativi e di pubblico interesse", senza, però, alcuna concreta specificazione dei motivi suddetti, onde non è dato cogliere l'iter logico che è stato effettivamente seguito. Si consideri, in particolare, come l'esigenza di una specifica e concreta motivazione discenda dalla complessiva portata dell'art. 44 L. 23 dicembre 1994 n. 724, che esordisce con la affermazione ( o per meglio dire riaffermazione) del divieto del "rinnovo tacito dei contratti" delle pubbliche amministrazioni concernenti l'affidamento di servizi (cfr. ex multis, Consiglio Stato, sez. VI, 14 marzo 2002, n. 1511), sicché, ove fosse consentito alla P.A. di rinnovare i contratti con la mera utilizzazione di una clausola di stile, puramente ripetitiva della formula usata dalla legge, si finirebbe proprio col frustare l'affermato divieto. In tal senso vale ricordare che l'art. 6 L. n. 537/1993, sia nel testo originario, sia in quello modificato dall'art. 44 della successiva legge finanziaria 1994 n. 724, è finalizzato ad assicurare che l'attività*

*contrattuale della P.A. si svolga nel rispetto delle condizioni ottimali di economicità e convenienza, con la conseguenza che il divieto di consentire la rinnovazione tacita del contratto oltre il termine della prevista scadenza può essere superato solo "sulla base di una valutazione di convenienza espressa con provvedimento formale" (in tal senso, cfr. Consiglio Stato, sez. V, 8 luglio 2002, n. 3795). Più specificatamente, è stato anche affermato che, affinché l'Amministrazione possa rinnovare o prorogare un contratto di fornitura di beni e servizi, ai sensi dell'art. 44, comma 2, L. n. 724/1994, è necessaria una motivazione specifica (T.A.R. Marche, 28 maggio 1999, n. 692).*

Tuttavia - ricordato che il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 6458 del 31.10.2006, ha affermato che l'eliminazione della possibilità di provvedere al rinnovo dei contratti di appalto scaduti, disposta con l'art. 23 L. 62/05, ha valenza generale e portata preclusiva di opzioni ermeneutiche ed applicative di altre disposizioni dell'ordinamento che si risolvono, di fatto, nell'elusione del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici. Afferma inoltre che "Solo rispettando il canone interpretativo appena indicato, infatti, si assicura l'effettiva conformazione dell'ordinamento interno a quello comunitario, mentre, accedendo a letture sistematiche che riducano la portata precettiva del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici scaduti e che introducano indebite eccezioni, si finisce per vanificare la palese intenzione del legislatore del 2005 di adeguare la disciplina nazionale in materia a quella europea e, quindi, per conservare profili di conflitto con quest'ultima del regime giuridico del rinnovo dei contratti di appalto delle pubbliche amministrazioni - è prevalsa anche da parte dei giudici amministrativi siciliani l'approccio ermeneutico per cui, in coerenza con la regola ermeneutica appena sintetizzata, non solo l'intervento normativo di cui all'art. 23 l. n. 62/05 dev'essere letto ed applicato in modo da escludere ed impedire, in via generale ed incondizionata, la rinnovazione di contratti di appalto scaduti, ma anche l'esegesi di altre disposizioni dell'ordinamento che consentirebbero, in deroga alle procedure ordinarie di affidamento degli appalti pubblici, l'affidamento, senza gara, degli stessi servizi per ulteriori periodi dev'essere condotta alla stregua del vincolante criterio che vieta (con valenza imperativa ed inderogabile) il rinnovo dei contratti".

In particolare, in una vicenda relativa allo svolgimento nel corso degli anni, tramite affidamenti diretti ed in regime di "rinnovazione", del servizio di gestione informatica degli uffici comunali, il **T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 22 giugno 2007, n. 1086** ha escluso la sussistenza di un interesse giuridicamente tutelato al mantenimento dell'esecuzione del servizio-fornitura in regime di rinnovo o prorogatio, sulla scorta di tale apparato motivazionale:

*Giova ricordare che l'art. 44 L. 724 del 1994, nel sostituire l'art. 6 della L. 537/1993, così stabiliva: "È vietato il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, ivi compresi quelli affidati in concessione a soggetti iscritti in appositi albi. I contratti stipulati in violazione del predetto divieto sono nulli. Entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertano la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi e, ove verificata detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione".*



*Lo scopo della disposizione era, da un lato, quello di vietare che il rinnovo di contratti avvenisse tacitamente e non a seguito di una manifestazione espressa di volontà; e, dall'altro, di subordinare le procedure di rinnovo all'accertamento della sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse e, dunque, a tali condizioni, di consentire il rinnovo anche in mancanza di espressa previsione del capitolato.*

*Ancora, l'art. 27 comma 6 della L. 488 del 1999, legge finanziaria per l'anno 2000, statuiva che "i contratti per acquisto e fornitura di beni e servizi delle amministrazioni statali stipulati a seguito di esperimento di gara, in scadenza nel triennio 2000 - 2002, possono essere rinnovati per una sola volta e per un periodo non superiore ai due anni, a condizioni che il fornitore assicuri una riduzione di almeno il 3%, fermo restando il rimanente contenuto del contratto".*

*La Regione siciliana ha provveduto a recepire la norma del 1995 con l'art. 13 della legge finanziaria regionale per il 2002, L.R. 26 marzo 2002, n. 2, avente ad oggetto: "Contratti fornitura beni e servizi", che così stabiliva: "1. Ai contratti di fornitura di beni o servizi, ad esecuzione periodica o continuativa, degli enti di cui all'articolo 1 della legge regionale 29 aprile 1985, n. 21, e delle società a prevalente capitale pubblico degli enti locali si applicano le norme dell'articolo 6, comma 4, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, come sostituito dall'articolo 44 della legge 23 dicembre 1994, n. 724. Dette norme non si applicano ai contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della presente legge, qualora contengano la clausola di applicazione del "prezzo chiuso" di cui all'articolo 70 della legge regionale 12 gennaio 1993, n. 10 e di cui agli articoli 44 e 45 della legge regionale 29 aprile 1985, n. 21 e successive modifiche ed integrazioni in quanto applicabili". Tuttavia la possibilità di procedere a rinnovi contrattuali, sia in forma tacita che espressa, è stata vietata dalla legge comunitaria 2004, L. 18 aprile 2005, n. 62, che ha soppresso l'ultimo periodo dell'art. 6 comma 2 della legge 537 del 1993 (entro 3 mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertano la sussistenza delle ragioni di convenienza dei contratti medesimi e, verificata detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione). È rimasta in vigore la prima parte del predetto art. 6, che sancisce il divieto di rinnovo tacito di contratti delle p.a. La norma sul divieto di rinnovo è stata una conseguenza della procedura di infrazione n. 2110/2003, avviata dalla Comunità Europea nei confronti dell'Italia, nella quale si faceva esplicito riferimento alle disposizioni dettate dall'art. 44 della legge 724/1994, ritenute incompatibili con i principi di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi cristallizzati negli artt. 43 e 49 del Trattato CE e con la normativa europea in tema di tutela della concorrenza nell'affidamento degli appalti pubblici.*

*Il codice dei contratti emanato con il D. Leg. 12 aprile 2006, n. 163, nel riprodurre il divieto di rinnovo tacito dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi, lavori, e la nullità dei contratti rinnovati tacitamente (art. 57, comma 7), contiene nello stesso art. 57 una disposizione che sembrerebbe consentire l'utilizzo dell'istituto del rinnovo, a determinate condizioni. Tale è la disposizione contenuta nell'art. 57, comma 5 lett. b), laddove si ammette la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nei contratti pubblici relativi a lavori e negli appalti pubblici relativi a servizi, "per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto di base e che tale*

*progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale, e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi e lavori successivi è computato per la determinazione de DUISA VBBBI valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28".*

*Va ricordato che il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 6458 del 31.10.2006, ha affermato che l'eliminazione della possibilità di provvedere al rinnovo dei contratti di appalto scaduti, disposta con l'art. 23 L. 62/05, ha valenza generale e portata preclusiva di opzioni ermeneutiche ed applicative di altre disposizioni dell'ordinamento che si risolvono, di fatto, nell'elusione del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici. Afferma inoltre che "Solo rispettando il canone interpretativo appena indicato, infatti, si assicura l'effettiva conformazione dell'ordinamento interno a quello comunitario, mentre, accedendo a letture sistematiche che riducano la portata precettiva del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici scaduti e che introducano indebite eccezioni, si finisce per vanificare la palese intenzione del legislatore del 2005 di adeguare la disciplina nazionale in materia a quella europea e, quindi, per conservare profili di conflitto con quest'ultima del regime giuridico del rinnovo dei contratti di appalto delle pubbliche amministrazioni.*

*Il Collegio condivide detto orientamento giurisprudenziale.*

*Ne consegue che, in coerenza con la regola ermeneutica appena sintetizzata, non solo l'intervento normativo di cui all'art. 23 l. n. 62/05 dev'essere letto ed applicato in modo da escludere ed impedire, in via generale ed incondizionata, la rinnovazione di contratti di appalto scaduti, ma anche l'esegesi di altre disposizioni dell'ordinamento che consentirebbero, in deroga alle procedure ordinarie di affidamento degli appalti pubblici, l'affidamento, senza gara, degli stessi servizi per ulteriori periodi dev'essere condotta alla stregua del vincolante criterio che vieta (con valenza imperativa ed inderogabile) il rinnovo dei contratti".Le medesime considerazioni valgono in merito al primo ricorso per motivi aggiunti, con cui la ricorrente ha censurato il nuovo Bando di gara e l'annesso capitolato per la presunta carenza della delibera di approvazione degli atti di gara e la contraddittorietà ed illogicità di tali provvedimenti*

In tale ambito infatti, la ricorrente, anche per via della mera riproposizione delle censure già svolte in sede di ricorso principale, ha censurato i sopradetti provvedimenti per profili del tutto estranei alla sua partecipazione, con evidente carenza originaria d'interesse nel ricorso.