



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

L'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria mediante procedura negoziata

Documento di consultazione



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

Sommario

<i>Premessa</i>	2
<i>1. La procedura negoziata nel Codice dei contratti pubblici</i>	4
<i>2. I principi comunitari nella procedura negoziata</i>	7
<i>3. Lo svolgimento della procedura negoziata</i>	10
<i>4. La procedura negoziata per i contratti di lavori sotto soglia</i>	13
<i>4.1 La genesi dell'articolo 122, comma 7-bis, del d.lgs. 163/2006</i>	14
<i>4.2 La disciplina della procedura negoziata per gli appalti di lavori il cui valore è compreso tra 100.000 e 499.999 euro</i>	16
<i>5. L'obbligo di motivazione</i>	17
<i>6. Conclusioni e indicazioni operative</i>	18

Documento di consultazione

L'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria mediante procedura negoziata

Premessa

Dall'analisi dei dati raccolti dall'Osservatorio dei contratti pubblici, presentati nell'ambito della relazione annuale al Parlamento per il 2009, emerge con chiarezza che, nel quadro di una congiuntura economica negativa che ha comportato una contrazione del livello del Pil del 5%, gli appalti pubblici hanno assolto un ruolo fondamentale nel cercare di invertire il *trend* del ciclo economico sostenendo la domanda, attraverso una mobilitazione di risorse che, per il 2009, risultano essere pari a 79,4 miliardi di euro.

Nell'ambito della situazione generale descritta, un dato, tra gli altri, si impone all'attenzione: l'incremento del ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando; a titolo esemplificativo, si possono citare i dati relativi agli affidamenti dei contratti pubblici di lavori nei settori ordinari che evidenziano l'impiego della procedura negoziata senza bando nel 33,4% degli affidamenti, mentre, nell'anno 2008, il ricorso alle procedure negoziate con e senza bando ammontava al 16,8% degli affidamenti.

Le procedure negoziate senza pubblicazione di bando hanno poi rappresentato, sul totale dei contratti aggiudicati, il 24,6% (2.999 interventi su 12.196), sul valore delle aggiudicazioni il 12,6% (1,3 miliardi di euro su 10,3 miliardi di euro). L'importo medio di aggiudicazione per queste procedure è stato di 432.502 euro. I ribassi medi espressi da procedure negoziate senza previa pubblicazione sono stati pari al 16,9%, circa 5,5 punti percentuali in meno rispetto alla media dei ribassi delle procedure aperte.

Il confronto percentuale tra il 2008 e il 2009, per tipologia di stazione appaltante, relativo all'utilizzo delle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando, mostra una crescita accentuata proprio del segmento delle procedure di importo compreso tra 150.000 e 500.000 euro; in questo caso l'aumento del numero delle procedure negoziate è stato del 327%. A tale incremento ha corrisposto un aumento del valore delle aggiudicazioni associato alle stesse procedure pari al 362%.

La tendenza riscontrata nei contratti di lavori trova conferma anche nei settori dei servizi e delle forniture.

Concentrando l'attenzione sui lavori, pertanto, risulta evidente che il 2009 ha rappresentato un anno in cui l'utilizzo delle procedure negoziate è cresciuto in maniera considerevole rispetto al passato. La causa di tale fenomeno va individuata, con molta probabilità, nella legge 22 dicembre 2008, n. 201 che ha modificato l'articolo 122 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici, di seguito, Codice) inserendo il comma *7-bis*, che prevede l'innalzamento della soglia per il ricorso alla procedura negoziata.

Dall'esame degli elementi acquisiti attraverso le indagini compiute nell'ambito della attività di vigilanza dell'Autorità, emergono dati preoccupanti circa il ricorso "disinvolto" allo strumento della procedura negoziata effettuato da alcune stazioni appaltanti; nello specifico, tra le altre, vengono in rilievo le problematiche relative all'obbligatorietà della motivazione, all'artificioso frazionamento dell'importo degli appalti, all'insussistenza dei motivi d'urgenza assunti a fondamento del ricorso alla procedura negoziata *ex* articolo 57, comma 2, lettera c, alla gestione delle gare con modalità non conformi alle disposizioni del Codice.

Data la rilevanza dell'argomento e considerato che sono pervenute all'Autorità numerose richieste di chiarimenti sulle operazioni da seguire nell'ambito dell'aggiudicazione di appalti sotto soglia con procedura negoziata, è stato predisposto un documento riassuntivo delle tematiche di maggior rilievo riguardanti l'argomento in esame.

Si sottopongono, pertanto, all'attenzione dei soggetti invitati all'audizione le problematiche evidenziate di seguito, concernenti, in particolare:

- le modalità di selezione degli operatori economici da invitare a presentare un'offerta,
- il significato da attribuire all'espressione "indagine di mercato",

- la necessità o meno di motivare espressamente il ricorso alla procedura negoziata,
 - le forme di pubblicità da seguire per ampliare la possibilità di accesso alle commesse pubbliche;
- Sulle citate questioni si chiede di formulare osservazioni e/o di segnalare eventuali ulteriori difficoltà applicative.

1. La procedura negoziata nel Codice dei contratti pubblici

L'articolo 54 del Codice dispone che, per i contratti aventi rilevanza comunitaria, le gare sono aggiudicate in via ordinaria utilizzando le procedure ristrette e aperte, mentre il ricorso alle procedure negoziate, affievolendo le garanzie di concorrenza, risulta limitato alle ipotesi tassativamente previste dal Codice. In particolare, l'articolo 56 disciplina i casi in cui è possibile impiegare la procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara, l'articolo 57, invece, elenca le condizioni in presenza delle quali risulta legittimo il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando.

Per quanto riguarda i contratti sotto soglia occorre fare alcune distinzioni:

- per i lavori pubblici, vi è il limite di 500.000 euro al di sotto del quale l'utilizzo della procedura negoziata senza bando di gara parrebbe giustificata dal solo valore economico, mentre, al di sopra di tale importo, il ricorso alla procedura in esame è ammissibile qualora ricorrano le medesime condizioni previste per gli appalti di valore superiore alla soglia comunitaria;
- per i servizi e le forniture, è sempre prescritto il rispetto delle condizioni comunitarie, con l'eccezione dei servizi di ingegneria, per i quali è possibile utilizzare la procedura negoziata qualora l'importo dell'appalto sia inferiore a 100.000 euro.

A queste ipotesi si aggiungono gli affidamenti degli appalti mediante cottimo fiduciario che il Codice assimila ad una procedura negoziata. Per i lavori, il ricorso al cottimo è ammesso fino a 200.000 euro, mentre, per i servizi e le forniture, la soglia coincide con quella comunitaria quindi,

con l'importo di 125.000 euro, per i servizi e le forniture aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali, con l'importo di 193.000 nei restanti casi.

L'acquisizione di lavori, beni e servizi può essere gestita in economia solo se l'amministrazione competente provvede ad una previa individuazione e regolamentazione delle tipologie per le quali può essere adottato detto sistema.

Quindi, mentre per i lavori pubblici la soglia per l'acquisizione in economia è pari a circa il 4% della soglia comunitaria, nei servizi e forniture tale soglia può arrivare fino al 100% di quella comunitaria.

Infine, si rammenta che, per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario, la legge 27 dicembre 2006 n. 296 (legge finanziaria per il 2007) ha disposto, all'articolo 1, comma 450, che dal primo luglio 2007 le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione.

L'articolo 253, comma 14, del Codice stabilisce che, in relazione all'articolo 85, comma 13, fino all'entrata in vigore del regolamento attuativo, si applicano le disposizioni di cui al d.P.R. 4 aprile 2002, n. 101, nei limiti di compatibilità con il codice stesso. A sua volta, l'articolo 85, comma 13, prevede che per l'acquisto di beni e servizi, alle condizioni di cui al comma 3, le stazioni appaltanti possono stabilire di ricorrere a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici, disciplinate con il regolamento nel rispetto delle disposizioni del Codice.

Al riguardo l'articolo 328 del regolamento attuativo del Codice in corso di pubblicazione, nel disciplinare il ricorso al mercato elettronico, prevede che le stazioni appaltanti possono effettuare acquisti di beni e servizi sotto soglia: a) attraverso un confronto concorrenziale delle offerte pubblicate all'interno del mercato elettronico o delle offerte ricevute sulla base di una richiesta di offerta rivolta ai fornitori abilitati; b) in applicazione delle procedure di acquisto in economia .

Nel recepire il contenuto della direttiva comunitaria 2004/18/CE, il legislatore ha scelto di assicurare un livello di tutela sostanziale superiore rispetto a quello imposto dal Trattato istitutivo

della Comunità europea e dai suoi principi, estendendo anche agli appalti sotto soglia le disposizioni applicate agli appalti sopra soglia ad eccezione di alcune limitate deroghe. Pertanto, in linea generale, si può affermare che nella disciplina degli appalti sotto soglia non si riscontrano problemi di compatibilità con il diritto comunitario, essendo essa sostanzialmente coincidente con quella propria degli appalti sopra soglia che è ben più garantista.

A tutti i contratti, quindi, abbiano o meno rilievo comunitario, si applicano le stesse regole; volendo analizzare la tipologia dei contratti sotto soglia, si osserva che ad essa è dedicato il secondo titolo della parte seconda del Codice che consta di cinque articoli: dal 121 al 125. L'articolo 121 opera un rinvio ai principi e alle disposizioni comuni di cui alla prima parte del Codice, alle regole sul contenzioso, alle disposizioni finali e transitorie, nonché alle previsioni della seconda parte del codice, laddove non espressamente derogate da norme specifiche per i contratti sotto soglia.

Dal raffronto tra la disciplina degli appalti sopra soglia e sotto soglia, emergono, quali tratti distintivi, le semplificazioni relative alla pubblicità, alle comunicazioni ed agli avvisi: gli appalti sotto soglia sono esclusi dagli obblighi di pubblicità e di comunicazione che superino l'ambito nazionale e possono prescindere dall'avviso di preinformazione.

Parzialmente diversa è, poi, la disciplina della procedura negoziata nei settori speciali: essa è caratterizzata dalla sostanziale indifferenza per il legislatore, sia comunitario che nazionale, nei confronti delle procedure di scelta del contraente, il che si traduce in un'equivalenza tra procedure aperte e ristrette, da un lato, e procedura negoziata, preceduta dalla pubblicazione del bando di gara, dall'altro. Le ragioni della valenza "ordinaria" attribuita alla procedura negoziata, previo bando, vanno ricercate nelle peculiarità tecniche dei servizi, ricompresi nei settori cosiddetti esclusi, che il ricorso a tale forma di scelta del contraente consente di valorizzare. Invece, la possibilità di utilizzare la procedura negoziata senza bando è limitata alle ipotesi tassativamente indicate nell'articolo 221 del Codice.

Per quanto riguarda i contratti sotto soglia, il Codice, all'articolo 238, ha distinto l'ambito di applicazione secondo un criterio soggettivo, nel senso che la disciplina applicabile viene differenziata in base alla figura soggettiva tenuta ad affidare il contratto. Sono state, infatti,

previste regole diverse a seconda che il committente sia amministrazione aggiudicatrice ovvero impresa pubblica o soggetto titolare di diritti speciali ed esclusivi.

Le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare per l'affidamento degli appalti sotto soglia le medesime disposizioni dettate per gli appalti sopra soglia, fatte salve alcune deroghe volte a semplificare le procedure di affidamento. Per tali appalti, l'avviso di preinformazione è facoltativo e per gli avvisi relativi agli appalti aggiudicati è sufficiente la pubblicazione sul profilo di committente e sui siti informatici. Inoltre, è prevista una riduzione dei termini di ricezione delle domande e delle offerte. La pubblicità va effettuata, per i lavori pubblici, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 122, comma 5, per i servizi e le forniture, secondo quanto disposto dall'articolo 124, comma 5.

I contratti in economia sono ammessi fino agli importi previsti dall'articolo 125 del Codice.

A differenza delle amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche ed i titolari di diritti speciali ed esclusivi, per gli appalti rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 208 a 213, applicano la disciplina stabilita dai propri regolamenti, la quale deve comunque essere conforme ai principi dettati dal Trattato CE a tutela della concorrenza. Sul punto si pone il problema dei limiti alla potestà regolamentare: se cioè il riferimento ai "principi a tutela della concorrenza" implichi necessariamente il rispetto della trasparenza, pubblicità ed imparzialità. Per un esame delle ricadute operative di tali principi si rinvia al paragrafo successivo.

2. I principi comunitari nella procedura negoziata

L'articolo 57, comma 6, del Codice prevede il rispetto, nelle operazioni di scelta del contraente, dei principi di concorrenza e rotazione e trasparenza; l'articolo 122, comma 7-bis richiama apertamente i principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità; l'articolo 125 fa riferimento ai principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento.

In via preliminare, occorre evidenziare che, anche in assenza del richiamo espresso, l'operatività dei citati canoni sarebbe stata comunque assicurata dal riferimento generalizzato ai principi istitutivi del Trattato, contenuto nell'articolo 2 del Codice.

Parità di trattamento e non discriminazione sono direttamente riconducibili al principio di imparzialità, sancito dall'articolo 97 della Costituzione. Esso esprime in negativo il dovere dell'amministrazione di non discriminare i soggetti coinvolti dall'ambito della propria azione volta al perseguimento di interessi pubblici. Nel settore dei contratti pubblici, il principio si traduce nell'esigenza di evitare ingiustificate disparità in sede di valutazione delle offerte e comporta, come necessario corollario, il dovere in capo alla stazione appaltante di predeterminare i criteri di valutazione delle offerte.

Dal principio di non discriminazione scaturisce, 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.

In riferimento al principio di parità di trattamento, occorre evidenziare 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 Corte di Giustizia CE 3.6.1992, causa C 360/89). Il principio in commento, allo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra gli operatori economici che partecipano ad un appalto pubblico, richiede che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione delle loro offerte e che queste siano soggette alle medesime condizioni per ciascun competitore (sentenza Corte di Giustizia CE 29.4.2004, causa C 496/99). Ne deriva l'obbligo di svolgere la relativa procedura senza consentire ad alcuno dei partecipanti di godere di informazioni privilegiate o di condizioni vantaggiose in sede di presentazione dell'offerta. In questo senso, va ribadito che tutti gli operatori che prendono parte alla procedura devono essere invitati contemporaneamente a presentare le loro offerte e che le lettere di invito devono contenere le medesime informazioni in relazione alla prestazione richiesta.

La trasparenza, secondo quanto puntualizzato dall'insegnamento della Corte di Giustizia della Comunità europea, *“consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti [...] alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione”*. (Corte di Giustizia CE, 7.12.2000, causa C 324/98 cd. Teleaustria c. Telekom Austria).

Il principio di trasparenza va riferito sia alle forme di pubblicità sia ai contenuti che devono essere riportati nell'avviso che viene pubblicato. Si sottolinea a riguardo, come più volte evidenziato da questa Autorità, che è stata rilevata carenza di pubblicità sia sotto il profilo dei tempi esigui previsti per la pubblicazione degli avvisi, sia in relazione ai mezzi pubblicitari utilizzati, ritenuti non congrui rispetto al valore dell'appalto.

Il principio di proporzionalità richiede il rispetto dell'equilibrio tra obiettivi perseguiti e mezzi utilizzati, assicurando il minore sacrificio possibile degli interessi privati confliggenti con quello pubblico. Ne discende che la stazione appaltante non può imporre obblighi e restrizioni in misura superiore a quella strettamente necessaria per il raggiungimento dello scopo; in altri termini per la legittimità dell'atto occorre effettuare una ricognizione sulla non sussistenza di altri strumenti idonei a conseguire l'obiettivo prefissato che comportino per i soggetti coinvolti un pregiudizio di minore entità. 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 della prestazione richiesta: la fissazione di requisiti non proporzionali allo specifico appalto potrebbe comportare il pericolo di una indebita restrizione della concorrenza.

La tutela della libera concorrenza può considerarsi come un principio cardine in materia di disciplina dei contratti pubblici, esso intende assicurare a ciascun potenziale concorrente le stesse possibilità di partecipazione alle procedure di gara e l'imparzialità della relativa azione amministrativa. Affinché il citato principio possa trovare concreta applicazione e non risolversi in una mera enunciazione, occorre garantire il rispetto della *par condicio* nei confronti di tutti i concorrenti in ordine alla valutazione comparativa dei requisiti da essi posseduti ed alla verifica dell'assenza di clausole che producano un effetto preclusivo all'accesso dei potenziali concorrenti alle gare.

Il criterio di rotazione ha come finalità quella di evitare che la stazione appaltante possa consolidare rapporti solo con alcune imprese.

Alcune indicazioni importanti possono desumersi dalla Comunicazione della Commissione europea 2006/C 179/02, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici," secondo cui: "*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.

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”.

Il principio di trasparenza comporta, inoltre, che la scelta dell'affidatario debba essere resa nota: occorre, quindi, pubblicare l'esito della selezione .

3. Lo svolgimento della procedura negoziata

L'articolo 121 (disciplina comune applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di importo inferiore alla soglia comunitaria), comma 1 del Codice, con riferimento ai contratti sotto soglia, precisa che agli stessi “(...) si applicano oltre alle disposizioni della parte I, della parte IV

e della parte V, anche le disposizioni della parte II, in quanto non derogate dalle norme del presente titolo”.

Con riferimento, poi, allo svolgimento della procedura, l’articolo 57, comma 6, del Codice - al quale rinvia l’articolo 122 - prescrive che “*ove possibile, la stazione appaltante **individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa desunte dal mercato**, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e **seleziona almeno tre operatori economici**, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono **contemporaneamente invitati a presentare le offerte** oggetto della negoziazione, **con lettera** contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l’operatore economico che ha **offerto le condizioni più vantaggiose**, secondo il criterio del prezzo più basso o dell’offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l’affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando”.*

L’articolo prevede, quindi, che la stazione appaltante, allo scopo di individuare gli operatori economici da invitare, compia, in primo luogo, due operazioni connesse fra di loro: definire, desumendole dal mercato, le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa che devono possedere gli operatori e individuare gli operatori economici, presenti sul mercato, in possesso di tali requisiti. La norma dispone che le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, richieste dalla stazione appaltante, devono essere identiche a quelle necessarie per partecipare alle procedure aperte e ristrette.

La disposizione stabilisce, poi, che la stazione appaltante selezioni, dal gruppo degli operatori economici individuati, almeno tre soggetti da invitare a presentare un’offerta, qualora sul mercato sussista un tale numero di operatori idonei. Il termine utilizzato dall’articolo in esame, “*seleziona*”, pone il problema di definire la procedura per identificare i soggetti da invitare, se il mercato presenta più candidati in possesso delle qualificazioni prescritte.

La norma dispone, infine, che ai soggetti selezionati venga inviata una lettera in cui gli stessi sono invitati a formulare un’offerta, la suddetta lettera deve contenere, pertanto, le informazioni relative agli elementi essenziali della prestazione ed il criterio di selezione dell’offerta, dunque, non pare ammissibile una negoziazione su base esclusivamente discrezionale.

Ciò anche perché la norma espressamente prevede che la stazione appaltante debba selezionare l'offerta sulla base di uno dei criteri di aggiudicazione previsti dall'articolo 81 del Codice: prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa.

Pertanto, da quanto precisato, si evince che, nella procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, lo svolgimento della gara informale pone in capo all'amministrazione aggiudicatrice l'obbligo di definire, specificamente e preventivamente, i criteri di selezione e i livelli minimi di capacità richiesti: l'amministrazione aggiudicatrice provvede di propria iniziativa ad individuare gli operatori da consultare, rivolgendosi al mercato per selezionare i soggetti con i quali contrattare, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione, giungendo così ad identificare un numero minimo di tre soggetti idonei, se esistenti (cfr. articolo 57, comma 6). Quello che è precluso alla stazione appaltante è, quindi, la possibilità di rivolgersi ad un solo operatore economico determinato.

Dunque, non pare ammissibile una negoziazione su base esclusivamente discrezionale.

Ai fini dell'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata il citato articolo 57, comma 6, fa riferimento all'indagine di mercato.

Si tratta, invero, di un'espressione generica che sembra lasciare alla stazione appaltante un notevole margine di discrezionalità; tuttavia occorre osservare che tutte le disposizioni in argomento richiamano i principi comunitari di *trasparenza e parità di trattamento* e, pertanto, è in relazione a tali principi che la suddetta espressione deve essere interpretata.

L'indagine di mercato va considerata una fase prodromica all'espletamento della procedura negoziata *ex* articolo 57, comma 6, la quale, pur "semplificata" rispetto alle altre procedure contemplate nel Codice, è comunque soggetta ai principi sopra citati; principi che devono informare tutta l'attività contrattuale della pubblica amministrazione. Da ciò discende che anche l'indagine di mercato dovrebbe svolgersi previo avviso, oggetto di specifica pubblicazione.

L'amministrazione è, poi, tenuta all'espletamento di un confronto concorrenziale, pur con struttura molto "snella", che garantisca una scelta del contraente rispettosa dei principi di trasparenza e di *par condicio*, secondo lo schema prefigurato nella norma di riferimento: invito dei candidati a presentare un'offerta mediante lettera contenente chiare indicazioni in ordine alle caratteristiche della prestazione richiesta, alle modalità di valutazione delle offerte e ai termini di aggiudicazione; individuazione dell'operatore economico che ha proposto le condizioni migliori

(secondo i criteri 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; aggiudicazione e stipula del contratto.

La negoziazione implica, dunque, una valutazione comparativa delle offerte, che presuppone, a sua volta, il rispetto dei principi tipici della gare, quali devono considerarsi quelli richiamati dall'articolo in commento. Dello stesso avviso è anche il giudice amministrativo secondo il quale *“l'informalità della gara non può dar luogo ad arbitri, dovendo comunque la scelta del contraente rispondere a criteri di logicità ed attenersi a principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 17 ottobre 2008 n. 5095).

4. La procedura negoziata per i contratti di lavori sotto soglia

Per i contratti di lavori, il Codice contempla la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata, nei seguenti gruppi di ipotesi:

- previa pubblicazione di un bando di gara, nel caso di: a) appalti di lavori di importo inferiore a un milione di euro per i quali siano state presentate, nell'ambito della procedura di gara solo offerte irregolari o inammissibili; b) in casi eccezionali in cui non risulta possibile la fissazione preliminare e globale dei prezzi; c) per lavori realizzati a scopo di ricerca;
- senza previa pubblicazione di un bando di gara, a condizione di motivare adeguatamente, nella delibera o nella determina a contrarre, la scelta effettuata in favore della procedura negoziata, nel caso in cui : a) con riferimento a lavori di importo inferiore a un milione di euro, non sia stata presentata (nel corso dell'espletamento di una procedura aperta o ristretta) nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura; b) il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato, per ragioni di natura tecnica o artistica o attinenti alla tutela di diritti esclusivi; c) sussista una estrema urgenza, dovuta ad eventi che le stazioni appaltanti non hanno potuto prevedere, tale da non consentire di attendere i tempi imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara; d) per i lavori complementari non

compresi nel progetto iniziale, né nel contratto iniziale, ma divenuti necessari a seguito di una circostanza imprevista, purché siano aggiudicati nel rispetto delle condizioni individuate all'art. 57, comma 5, lett. a, a.1, a.2;

- per i lavori di importo complessivo non superiore a 100.000 euro;
- nelle ipotesi di cui al comma 7-bis, vale a dire per gli appalti di importo complessivo pari o superiore a 100.000 euro ma inferiore a 500.000;
- nel caso in cui il privato, titolare del permesso di costruire, intenda realizzare opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale degli oneri a cui è soggetto il rilascio del contributo. Il privato è tenuto a porre in essere una procedura negoziata senza pubblicazione del bando, individuando gli operatori economici con cui contrarre, nel rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 57, comma 6, invitando almeno cinque soggetti, sempre che sussistano un tale numero di aspiranti idonei.

Infine, occorre ricordare che l'articolo 125, comma 5, consente di effettuare lavori in economia fino ad un importo di 200.000 euro attraverso il cottimo fiduciario che il Codice stesso qualifica come una procedura negoziata, nel rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento, rotazione, con la consultazione di almeno cinque operatori individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante.

4.1 La genesi dell'articolo 122, comma 7-bis, del d.lgs. 163/2006

Il decreto-legge 23 ottobre 2008, n. 162, rubricato: *“Interventi urgenti in materia di adeguamento dei prezzi di materiali da costruzione, di sostegno ai settori dell'autotrasporto, dell'agricoltura e della pesca professionale, nonché di finanziamento delle opere per il G8 e definizione degli adempimenti tributari per le regioni Marche ed Umbria, colpite dagli eventi sismici del 1997”*, convertito con legge 22 dicembre 2008, n. 201, ha previsto all'articolo 1, comma 10-quinquies l'inserimento del comma 7-bis all'articolo 122 del Codice, che dispone come segue: *“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".

E' stata così introdotta nell'ordinamento una nuova fattispecie di procedura negoziata senza bando per l'affidamento di appalti di lavori pubblici, sostanzialmente legittimata dal solo valore economico, inferiore a 500.000 euro, accanto sia a quella di cui al comma 7 dell'articolo 122 per importo non superiore a 100.000 euro, sia alla casistica di derivazione comunitaria di cui ora agli articoli 56 e 57, oltre ai regimi particolari di cui agli articoli 204 (lavori sui beni culturali, per i quali risulta operante la procedura negoziata inferiore a 500.000 euro introdotta dal d.lgs. 30/2004) e 221 (procedura negoziata nei c.d. "settori speciali").

La motivazione della novella va cercata nell'intento *"di fronteggiare la crisi nel settore delle opere pubbliche e al fine di semplificare le procedure d'appalto per i lavori sotto soglia"*, si tratta di un provvedimento che si colloca nel solco della tendenza ad ampliare il ricorso a procedure considerate più "snelle" per la scelta del contraente; l'effetto immediato delle disposizioni in commento è quello di estendere la possibilità di utilizzo della procedura negoziata ai lavori di importo compreso tra i 100.000 euro ed i 499.999 euro, senza dover procedere neanche alla pubblicazione di un bando di gara, invitando almeno cinque soggetti.

Si rileva, quindi, che il legislatore ha ritenuto opportuno differenziare la procedura di cui al comma 7-bis dell'articolo 122 da quella prevista al comma 7 del medesimo articolo, dettando per la prima alcune regole peculiari di svolgimento.

La soglia dei 500.000 euro equivale a circa un decimo della soglia comunitaria ed è pari alla metà della soglia di milione di euro che è stata individuata dal d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (c.d. terzo correttivo al Codice dei contratti) quale limite di irrilevanza degli appalti per la concorrenza europea, in riferimento sia alla possibilità di procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale, sia come nuovo "tetto" di applicabilità della procedura ristretta semplificata di cui all'articolo 123 del Codice.

Si osserva che per gli appalti di lavori pari a 100.000 euro, la stazione appaltante è posta di fronte alla scelta tra seguire la procedura di cui all'articolo 122, comma 7, (prevista per gli appalti di lavori di importo complessivo non superiore a 100.000) che impone l'osservanza unicamente dei principi generali di cui all'articolo 2 del Codice, o ricorrere alla procedura di cui all'articolo 122,

comma 7-bis, applicabile “*ai lavori di importo pari o superiore a 100.000 euro ed inferiore a 500.000*”.

La disposizione manca di qualsiasi termine finale di efficacia che consenta di qualificare come transitoria una misura che avrebbe dovuto avere il carattere della contingenza; pertanto, in assenza di una delimitazione temporale, è evidente che la norma di cui al comma 7-bis dell'articolo 122 ha finito per consolidarsi, come modalità ordinaria per l'affidamento di una consistente quota di mercato dei lavori pubblici, introducendo una fattispecie di procedura “ordinaria” di scelta del contraente, derogatoria dell'evidenza pubblica, legittimata solo dal presupposto economico dell'importo dei lavori.

4.2 La disciplina della procedura negoziata per gli appalti di lavori il cui valore è compreso tra 100.000 e 499.999 euro.

L'articolo 122, comma 7-bis, del Codice dispone che “*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*”.

A riguardo, si richiama l'attenzione sul carattere innovativo della previsione concernente il numero di soggetti coinvolti nella procedura negoziata di cui al comma 7-bis dell'articolo 122: a differenza di quanto previsto, ex articolo 57, comma 6, del Codice, con riferimento alle procedure negoziate in genere, infatti, la stazione appaltante è tenuta a invitare non solo tre, ma almeno cinque operatori economici.

Per quanto concerne nello specifico le modalità di svolgimento delle operazioni, valgono le osservazioni effettuate nel paragrafo 3 del presente documento.

L'articolo 122 del Codice prevede il rispetto, nella scelta del contraente, dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza; inoltre, attraverso il rinvio all'articolo 57, comma 6, risultano richiamati anche i principi di concorrenza e rotazione.

Per una disamina dei citati principi si vedano le considerazioni svolte nel paragrafo 4 del presente documento.

Si osserva, poi, che, anche utilizzando il combinato disposto degli articoli 122 e 57 del Codice, il principio di pubblicità risulta assente, non venendo citato in nessuno degli articoli menzionati, tuttavia, si tratta di una circostanza non determinante stante il rilievo contenuto nell'articolo 2 del Codice. In argomento, si ricorda che l'Autorità, già nella segnalazione effettuata ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettere e) ed f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 sulla predisposizione della legge annuale per il mercato e la concorrenza, disciplinata dall'art. 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99, e avente ad oggetto proposte di modifiche normative per incrementare la concorrenza nel settore dei contratti pubblici, aveva auspicato un intervento normativo al fine di individuare, in caso di procedura negoziata senza bando, specifici criteri di rotazione dei soggetti chiamati alla negoziazione dalle amministrazioni aggiudicatrici, in base ad un elenco annualmente predisposto con apposito bando. In tale sede, inoltre, veniva richiamata l'attenzione sulla necessità di indicare espressamente, tra i principi elencati dall'art. 122, comma 7-bis, anche quello della pubblicità, nonché di introdurre una delimitazione temporale dell'innalzamento della soglia.

5. L'obbligo di motivazione

In riferimento all'obbligo di motivazione relativo alla scelta della procedura da seguire per l'individuazione del contraente, si registrano orientamenti diversi in dottrina e in giurisprudenza.

Da un lato, si osserva che se si dovesse fondare il ricorso alla procedura negoziata senza bando, *ex* articolo 122, comma 7-bis, sulla presenza degli stessi casi eccezionali già esplicitati dal legislatore negli articoli 56 e 57, la previsione in questione sarebbe solo una ripetizione di quanto stabilito in precedenza ed inoltre presenterebbe l'aggravio di richiedere la contemporanea sussistenza di due parametri: le circostanze eccezionali ed il limite dell'importo economico.

Secondo un'altra ipotesi interpretativa, che appare preferibile, le norme di cui all'articolo 122, comunque, soggiacciono all'applicazione dei principi generali del diritto amministrativo che nel caso in esame, considerando, ai sensi dell'articolo 54 del Codice, la natura di eccezione della procedura negoziata rispetto alle regole ordinarie per l'individuazione del contraente, si traducono nella necessità di fornire una specifica menzione delle circostanze di fatto e di diritto



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

che hanno condotto l'amministrazione ad orientarsi in tal senso. Quest'ultima ricostruzione dogmatica trova conforto nella pronuncia del Consiglio di Stato, V Sez., del 9 giugno 2008, n. 2803, che, benché affronti il tema della trattativa privata, contiene degli spunti direttamente applicabili alla situazione in commento; in particolare si segnala il seguente passaggio:” *Quanto alla mancata motivazione, valgono le stesse ragioni dedotte dal giudice di prime cure: il ricorso alla trattativa privata, quand'anche dopo l'innovazione all'art. 24 cit., ad opera della legge 1° agosto 2002, n. 106, comma 1, lett. 0a), va giustificato e di tale giustificazione va data esternazione: il metodo della trattativa privata, infatti, rappresenta comunque una eccezione ai principi di libera concorrenza, e dunque di rispetto, al contempo, della pari condizione dei potenziali interessati e dell'interesse dell'amministrazione alla convenienza economica dei lavori. Sicché il passaggio derogatorio da un metodo competitivo ad un metodo monopolistico come la trattativa privata, che per definizione e atto a restringere potenzialmente la cura di detti immanenti interessi, deve trovare e avere una manifesta ragione legittimante”.*

Analoga posizione è stata assunta dal TAR Lazio con la sentenza n. 1656 del 18 febbraio 2009, in cui viene ribadito che *“l'obbligo motivazionale deve oggettivamente (quanto, con ogni evidenza, compiutamente) offrire l'indicazione dei pertinenti presupposti legittimanti: e, con essi, della presenza di un nesso di necessaria (quanto univoca) implicazione causale, tale da imporre (in presenza di condizioni che la stessa legge qualifica, delimitandone l'operatività alla misura “strettamente necessaria”, in termini di “estrema urgenza” e di “imprevedibilità”) il ricorso alla trattativa privata.”*

6. Conclusioni e indicazioni operative

Volendo trarre alcune conclusioni dal quadro delineato, sembrerebbe che l'amministrazione non possa individuare i cinque operatori richiesti dall'articolo 122, comma 7-bis del Codice, nonché dall'articolo 125 del Codice, per gli affidamenti di lavori, servizi e forniture effettuati tramite cottimo fiduciario, con modalità “chiuse” rispetto al mercato; in altri termini, il principio di trasparenza comunitario richiederebbe necessariamente la predisposizione di forme di pubblicità preventiva al fine di estendere la possibilità di accesso alle commesse pubbliche ad una platea più ampia di operatori economici. La pubblicità preventiva non comporta l'obbligo incondizionato di

pubblicazione di ogni singolo bando per ciascuna procedura negoziata, tuttavia occorre individuare una modalità di apertura al mercato.

Il bilanciamento del rispetto dei principi comunitari con le esigenze di celerità e semplificazione potrebbe raggiungersi con la predisposizione, a cura della stazione appaltante, di un avviso pubblicitario che contenga, come minimo, una succinta descrizione degli elementi essenziali dell'appalto e della procedura di aggiudicazione che si intende seguire, accompagnata da un invito a prender contatto, se interessati, con l'amministrazione indicata.

Per quanto concerne, poi, le forme di pubblicità da adottare per l'avviso in questione, andrebbero preferiti quegli strumenti che consentono di adeguare la pubblicità all'importanza dell'appalto per il mercato interno, utilizzando come parametri il valore effettivo dell'appalto e la sua "appetibilità" per i potenziali concorrenti, quindi: la pubblicazione degli avvisi pubblicitari sul sito internet dell'amministrazione aggiudicatrice; le gazzette ufficiali nazionali, i bollettini nazionali specializzati nel settore appalti, quotidiani a diffusione nazionale o regionale, le pubblicazioni specializzate; i mezzi di pubblicazione locali (solo nel caso di appalti di importo minimo che presentino interesse esclusivamente per il mercato locale); la gazzetta ufficiale dell'Unione europea (opzione preferibile per appalti di importo elevato).

Altro strumento di cui l'amministrazione potrebbe avvalersi, per fini pratici, è rappresentato dalla predisposizione di "elenchi aperti di operatori economici". Sul punto, si ritiene opportuno effettuare alcune precisazioni.

Il tenore letterario dell'articolo 40, comma 5, del Codice impedisce che per l'affidamento di lavori pubblici possano utilizzarsi elenchi predisposti dalla stazione appaltante salvo il caso degli affidamenti in economia o dell'applicabilità della procedura ristretta semplificata.

Tuttavia, gli elenchi a cui si fa riferimento presenterebbero caratteristiche tali da renderli compatibili con la normativa nazionale e comunitaria: gli elenchi in commento dovrebbero essere aperti al mercato, quindi, occorrerebbe, in primo luogo, dare adeguata pubblicità alla volontà dell'amministrazione di realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare; in secondo luogo, occorrerebbe consentire a tutti gli operatori interessati, in possesso dei requisiti richiesti, di iscriversi nell'elenco senza limitazioni temporali, in modo da rispettare pienamente il principio di trasparenza e concorrenza; in terzo luogo sarebbe necessario

prevedere dei meccanismi idonei ad assicurare l'aggiornamento periodico, anche semestrale, degli elenchi.

A riguardo, potrebbe prendersi a modello la disciplina degli elenchi previsti dall'articolo 267 dello schema di Regolamento attuativo del Codice, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 17.06.2010, per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura il cui valore economico sia inferiore a 100.000 euro; tale articolo dispone che la stazione appaltante per l'individuazione dei soggetti da invitare alla gara si avvale di un apposito elenco o si basa su indagini di mercato, in ogni caso rispettando il criterio di rotazione. Inoltre, risultano definite le forme di pubblicità che l'avviso dell'istituzione dell'elenco deve avere, nonché il contenuto minimo dell'avviso stesso.

Al fine di selezionare gli operatori da invitare, si potrebbe anche ipotizzare l'utilizzo dei cd. "criteri reputazionali", valorizzando la *performance* delle imprese, facendo così riferimento alle loro reali capacità imprenditoriali/realizzative, alla serietà dei loro comportamenti, sempre, però, nel rispetto del criterio della rotazione. Tale questione è oggetto di studio da parte dell'Autorità nell'ambito di un Tavolo Tecnico promosso con i rappresentanti delle imprese e delle stazioni appaltanti

Una volta conclusa, con le modalità sopra specificate, la fase dell'invito dei soggetti, occorre procedere applicando le disposizioni di cui all'articolo 57, comma 6, espressamente richiamato dall'articolo 122, comma 7-bis, che comportano l'adozione dello schema proprio della c.d. gara ufficiosa, sulla base della quale si può valutare l'opportunità di adottare alcune cautele, tipiche dell'esperimento delle gare, quali: la previsione di termini perentori per la presentazione delle offerte; l'indicazione delle modalità da seguire per il confezionamento delle offerte idonee a garantirne la segretezza; la verbalizzazione delle operazioni di gara; la pubblicità della seduta di apertura delle offerte sulla quale si tornerà nel prosieguo.

Per quanto concerne, in particolare, l'esecuzione in economia, occorre tener conto del comma 14 dell'articolo 125 del Codice, il quale stabilisce che: *"i procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia sono disciplinati, nel rispetto del presente articolo, nonché dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice, dal*

regolamento”. L’articolo 121, comma 1, poi, nel riferirsi ai contratti “sotto soglia comunitaria” e, dunque anche alle procedure in economia, stabilisce che *“ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, si applicano oltre alle disposizioni della parte I, della parte IV e della parte V, anche le disposizioni della parte II, in quanto non derogate dalle norme del presente Titolo”*.

Pertanto, al fine di individuare la disciplina del cottimo, occorre ricercare i “principi”, non dimenticando che ai “contratti sotto soglia comunitaria” -fra i quali rientra anche il cottimo- si applicano integralmente le parti I, IV e V del Codice, mentre la parte II si applica “in quanto non derogata dalle norme del presente titolo”.

Il cottimo fiduciario è, quindi, una procedura negoziata, la cui disciplina deve essere rinvenuta, oltre che nell’articolo 125, anche all’interno del codice, tenendo presente i principi comunitari. Ciò consente, fra l’altro, di non ritenere corretta una prassi applicativa dell’istituto che dia luogo a distorsioni anti-concorrenziali, in chiara violazione della disciplina codicistica e dei suoi principi (sul punto per una differente ricostruzione, si veda TAR Toscana, Sez. I, 22 dicembre 2009, n. 3988).

La giurisprudenza amministrativa ha precisato che il cottimo fiduciario non può ricondursi ad una semplice attività negoziale priva di rilevanza pubblicistica, giacché le regole procedurali, anche minime, che l’amministrazione decide di adottare, implicano il rispetto dei principi generali di imparzialità, correttezza, logicità, coerenza della motivazione, ecc. (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4295). Tale tesi appare in linea con la disciplina dettata dall’ articolo 125, comma 11 del Codice che assoggetta le procedure di affidamento mediante cottimo fiduciario, relative a servizi e forniture, al rispetto, tra gli altri, del principio di trasparenza: *“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”*.(cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4957, ove si afferma che: *“il confronto concorrenziale contemplato dall’art.125 dlgs. 163/2006 deve riferirsi, puntualmente, alla specifica iniziativa contrattuale avviata dall’amministrazione, poiché, altrimenti, risulterebbe violato il principio di trasparenza e di*

parità delle condizioni. Non è invece sufficiente a tal fine alla ricezione di alcune proposte formulate da imprese operanti nel settore della riscossione dei tributi locali, su loro autonoma iniziativa. In ogni caso, poi, l'amministrazione avrebbe dovuto dare conto delle diverse offerte presentate e valutate, indicando le ragioni della scelta nella motivazione del provvedimento di affidamento...”).

Nonostante, quindi, il carattere semplificato della procedura di cottimo fiduciario, la stazione appaltante è tenuta al rispetto delle regole procedurali che si è data con la lettera di invito, nonché all'osservanza dei principi posti dal Codice in tema di affidamento dei contratti, *in primis* la parità di trattamento dei concorrenti.

A riguardo, l'articolo 331 del regolamento attuativo del Codice, in corso di pubblicazione, prevede che le stazioni appaltanti assicurino comunque che le procedure in economia avvengano nel rispetto del principio della massima trasparenza, contemperando altresì l'efficienza dell'azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori economici. Inoltre, è stabilito che l'esito degli affidamenti mediante cottimo fiduciario sia soggetto ad avviso di post-informazione mediante pubblicazione sul profilo del committente.

L'utilizzo di sistemi elettronici e telematici di negoziazione potrebbe contemperare le esigenze di semplificazione sottese all'utilizzo delle procedure negoziate con la garanzia della parità di condizioni dei partecipanti nel rispetto del principio di trasparenza e di economicità.

In proposito, nel rispetto dei principi di trasparenza, semplificazione delle procedure, parità di trattamento e non discriminazione, il regolamento attuativo del Codice prevede che l'acquisizione attraverso il mercato elettronico presupponga un'abilitazione dei fornitori di beni e prestatori di servizi. A tal fine, l'amministrazione abilita al mercato elettronico i fornitori di beni e i prestatori di servizi tramite uno o più bandi (resi pubblici secondo quanto disposto dall'articolo 124, comma 5 del Codice) aperti agli operatori economici in possesso dei requisiti richiesti. I bandi contengono l'indirizzo *internet* ove è possibile prendere visione della documentazione della procedura in via diretta e senza alcun onere. L'acquisizione di beni e servizi mediante il mercato elettronico si realizza attraverso un confronto concorrenziale delle offerte pubblicate all'interno

del mercato elettronico o delle offerte ricevute sulla base di una richiesta di offerta rivolta a tutti i fornitori abilitati ovvero facendo uso delle procedure di acquisto in economia.

Altra questione di carattere generale riguarda il principio di pubblicità delle sedute di gara. In argomento, occorre precisare che giurisprudenza e dottrina non hanno raggiunto un orientamento uniforme e definitivo. Soprattutto in sede giurisprudenziale, il dibattito ruota intorno alla possibilità, ammessa da alcune pronunce, di derogare al principio di pubblicità delle sedute che non sarebbe, dunque, da intendersi applicabile incondizionatamente e in senso assoluto. In particolare, è stata riconosciuta, da parte della giurisprudenza, la non obbligatorietà dell'indizione di sedute pubbliche con riferimento ad alcuni tipi di procedure ed ai settori speciali (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004). Secondo un'altra tesi, nei procedimenti di aggiudicazione di gare pubbliche, la fase di verifica della documentazione amministrativa e quella di apertura delle buste contenenti le offerte economiche devono avvenire in seduta pubblica, potendo l'Amministrazione procedere in forma riservata, solo laddove debba compiere operazioni di valutazione di carattere tecnico-discrezionale in ordine alle offerte presentate (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 582). Il principio in questione assumerebbe, inoltre, portata generale, atteso che le precitate esigenze si pongono per tutti i tipi di gara pubblica, mentre una possibile deroga trova giustificazione solo per quelle fasi di valutazione dell'offerta che, implicando un giudizio di carattere tecnico, non necessitano della garanzia assicurata dalla pubblicità delle operazioni della commissione giudicatrice (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856).

Per quanto concerne il cottimo fiduciario, invece, una parte della giurisprudenza (TAR Friuli Venezia Giulia Trieste, Sez. I, 28 ottobre 2010, n. 716) ritiene che l'invocato principio di pubblicità delle gare non si estenderebbe a tale procedura, stante il tenore letterale dell'articolo 125 del Codice.

In argomento, si osserva che il regolamento di esecuzione e attuazione del Codice, nel testo in corso di pubblicazione, prevede per i lavori pubblici, all'articolo 117, in via generale, per le procedure aperte, ristrette, negoziate, l'obbligo di indicare nel bando di gara, o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, il giorno, l'ora della prima seduta pubblica di gara. Inoltre, la norma ammette la possibilità che le sedute siano sospese e aggiornate, ad eccezione dell'apertura dell'offerta economica che, pertanto, deve avvenire obbligatoriamente in seduta pubblica.

Detta disciplina si estende anche ai servizi, alle forniture (cfr. articolo 283, comma 5) ed ai settori speciali (cfr. articolo 339).

Infine, si rammenta che, mentre la direttiva 2007/66/CE (articoli 2-ter, direttiva 89/665/CEE e 2-ter, direttiva 92/13/CEE) prevede che lo *standstill*, vale a dire la sospensione legale della possibilità di stipulare il contratto per un determinato lasso temporale dopo l'aggiudicazione, possa essere derogato nel caso di procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara, il d.lgs n. 53 del 2010 non ha recepito tale previsione. Di conseguenza, per quanto riguarda le procedure senza bando, siano esse sopra o sotto soglia comunitaria, non è ammessa deroga allo *standstill*, ma solo la possibilità di esecuzione in via di urgenza di cui all'articolo 11, comma 9 del Codice, dunque, il contratto non può essere stipulato, ma può essere eseguito in via di urgenza.

Recente giurisprudenza (TAR Toscana, Sez. I, 10 novembre 2010, n. 6570) ritiene che siano applicabili anche alle procedure di affidamento mediante cottimo fiduciario le disposizioni di cui all'articolo 11 comma 10 del Codice, che a sua volta richiama l'articolo 79 dello stesso Codice, riguardante gli obblighi informativi che gravano sulle stazioni appaltanti in ordine all'esito dei procedimenti di aggiudicazione degli appalti. Gli obblighi *ex* articolo 79 appaiono, secondo i giudici amministrativi, riconducibili al principio di trasparenza (oltre che a quello di pubblicità enunciato, come il primo, dall'art. 2 del Codice).

Occorre, poi, evidenziare che, soprattutto dopo l'entrata in vigore del d.lgs n. 53 del 2010, l'obbligo di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, *ex* articolo 79 comma 5 lett. a), e la clausola *standstill*, di cui al citato articolo 11, comma 10, sono funzionali a garantire la tempestività e dunque l'efficacia dell'esercizio del diritto di tutela degli interessi che i concorrenti ritengano ingiustamente pregiudicati dall'esito della gara. Poiché tale obiettivo è considerato prioritario dall'ordinamento nazionale ed europeo rispetto a quello della celerità nella conclusione del contratto, appare logico ritenere che tanto i menzionati obblighi informativi, *ex* articolo 79, quanto la clausola *standstill*, *ex* articolo 11, comma 10, siano applicabili anche al cottimo fiduciario in quanto finalizzati ad assicurare l'effettività di un principio fondamentale e generale nel settore dei contratti pubblici che, oltretutto, non attiene specificamente alle modalità di svolgimento della procedura di affidamento, a cui fa riferimento il comma 11 dell'articolo 125.

In conclusione si segnala un recente orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui la violazione della clausola (e del principio) di *standstill*, ex articolo 11 comma 10 del Codice, in sé considerata e cioè senza che concorrano vizi propri dell'aggiudicazione, non comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o l'inefficacia del contratto (cfr. TAR Sicilia - Catania, Sez. I, 28 aprile 2009, n. 802 e TAR Calabria, Sez. I, 20 ottobre 2010, n. 942).