



Scuola Veneto e Friuli Venezia Giulia

CORSO

Le procedure negoziate e la "Lex Specialis" di gara: natura, tipologie e problematiche.

Massimiliano Alesio

Le procedure negoziate e la "*Lex Specialis*" di gara: natura, tipologie e problematiche. (primo modulo)

febbraio 2010

LE PROCEDURE NEGOZiate E LA “LEX SPECIALIS” DI GARA: NATURA, TIPOLOGIE E PROBLEMATICHE

1) LA TRATTATIVA PRIVATA: NOZIONE E STORIA

La trattativa privata è stata, tradizionalmente, considerata come un sistema di scelta del contraente, caratterizzato da elementi di vistosa eccezionalità, nel senso che è possibile il suo utilizzo solo in presenza di “casi eccezionali”. Infatti, è sempre apparso ben evidente che essa prescinde, talora in modo radicale, dalle regole formali, che governano e presiedono la materia dei contratti pubblici. Ciò, in considerazione dell’**ampia discrezionalità**, riconosciuta da sempre in favore **della stazione appaltante**, nell’originario quadro dell’istituto, sia per quel che riguarda la scelta del contraente, sia per ciò che concerne la determinazione del contenuto del contratto. A tal riguardo, occorre osservare che siffatto contenuto veniva determinato a seguito delle contrattazioni, avviate con i diversi operatori economici, liberamente scelti, similmente a quanto avviene fra i soggetti privati. Da qui, la terminologia di “trattativa privata”, che sta, appunto, a contrassegnare un *modus operandi*, svincolato da puntuali regole formali e assimilabile, nel suo complesso, al libero agire dei privati. Ancora, va rilevato che l’ampia discrezionalità della stazione appaltante si dispiegava, oltre che per la scelta del contraente ed il contenuto contrattuale, anche in relazione della “forma”, che la volontà dell’Amministrazione medesima assumeva, potendo consistere, infatti, in un mero provvedimento di aggiudicazione, formalmente assunto, oppure in un contratto formalmente stipulato.

La rilevante importanza e l’**estrema vivacità applicativa** della trattativa privata (ora procedura negoziata) è ben testimoniata dall’Autorità di Vigilanza, in sede di Relazione annuale 2008, recentemente emanata.

L’Autorità segnala che, nel corso del 2008, le “procedure negoziate” hanno conosciuto un più che ragguardevole tasso di applicazione, come di seguito riportato:

- Settore lavori: 16,8% (procedure aperte: 72,2%; procedure ristrette: 9,8%; accordi quadro-dialogo competitivo: 0,2%);
- Settore forniture: 43,1% (procedure aperte: 44,2%; procedure ristrette: 11,5%; accordi quadro-dialogo competitivo: 0,2%);
- Settore servizi: 30,19% (procedure aperte: 55,01%; procedure ristrette: 13,26%; accordi quadro-dialogo competitivo: 1,54%).

Un livello di diffusione più che rilevante, con tendenza ad eguagliare la procedura aperta, nei settori forniture e servizi.

Attenta dottrina¹, in riferimento proprio all’ampia discrezionalità ed alla libertà di forme, ha affermato che “la trattativa privata rappresenta una valvola di sfogo del sistema, per far fronte a tutte quelle esigenze negoziali delle Amministrazioni, che direttamente non si prestano ad essere soddisfatte mediante il ricorso alle gare pubbliche”. Tuttavia, occorre anche dire che la trattativa privata, oltre a costituire una “valvola di sfogo”, indubbiamente salutare se correttamente applicata, ha dato luogo ad una “fuga dalle gare”, come significativamente affermò la Corte dei conti² nel non più vicino 1990, in considerazione proprio del distorto utilizzo.

Proprio in relazione alla “forma” della volontà contrattuale della stazione appaltante, occorre prendere atto che una vetusta normativa (articolo 16, comma 4°, del R.D. n. 2440/1923), ancora vigente, stabilisce che “i processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni effetto legale al contratto”. Tale disposizione è importante, per due precise ragioni.

¹ M. Mazzone, “La trattativa privata all’ulteriore vaglio della Corte dei conti”, in Riv. Trim. app., 1987, p. 504.

² Corte dei conti, Relazione esercizio finanziario 1990.

Primariamente, occorre ricordare che tale disposizione normativa ha dato luogo ad un ampio dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, in merito al momento in cui sorge il vincolo contrattuale, cioè il vincolo civilistico, che lega l'operatore economico privato all'Ente pubblico, a seguito della conclusione della procedura di gara. Secondo la tesi tradizionale, il verbale di aggiudicazione costituisce, proprio in virtù dell'indicata normativa, anche atto negoziale, sicché già dal momento della conclusione della gara verrebbe in essere un vero e proprio diritto soggettivo per l'impresa di eseguire il contratto, tanto che la successiva stipulazione del contratto avrebbe funzione solo di riprodurre l'incontro di volontà già concretizzatosi nel verbale. Quindi, l'aggiudicazione contiene la dichiarazione negoziale della Pubblica amministrazione, alla quale si ricollega l'effetto della formazione del consenso ed il sorgere del vincolo giuridico contrattuale. L'aggiudicazione costituirebbe atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente e, come tale, perfezionerebbe l'incontro della volontà della Pubblica amministrazione e del privato di stipulare un contratto. La successiva stipulazione nulla aggiunge alla precedente manifestazione di volontà negoziale, rimanendo una mera formalità, fatto salvo il caso in cui dal verbale emerga l'intento della Pubblica amministrazione di rinviare espressamente la costituzione del vincolo ad un momento successivo alla stipulazione dell'atto³. Viceversa, secondo l'orientamento dominante, il vincolo contrattuale sorge solo, ed unicamente, con la stipulazione del contratto, che segue la conclusione della procedura di gara, da identificarsi con l'intervenuta aggiudicazione definitiva. Siffatto orientamento è da considerarsi oramai come unanime, non solo per le puntuali conferme giurisprudenziali⁴ in tal senso, ma anche, e soprattutto, in conseguenza del sopravvenire del Codice, il quale, per la prima volta e meritoriamente, agli articoli 11 e 12, ha disciplinato la fase di aggiudicazione, cioè la fase pubblicistico-amministrativa di scelta del miglior contraente.

In secondo luogo, l'indicata disposizione normativa⁵ è importante soprattutto in relazione alla trattativa privata. Infatti, se i processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni effetto legale al contratto, ciò vuol dire che i medesimi, relative a trattative private, non seguono regole ed esiti predeterminati. Dunque, la "forma volitiva" della stazione appaltante, in sede di trattativa privata era sostanzialmente libera, potendo assumere le vestigia di un atto unilaterale di aggiudicazione o di un contratto, stipulato da entrambe le parti.

³ Occorre rilevare che una simile impostazione è tipica del sistema delle norme di contabilità di Stato, ma che, già da tempo, non appare più applicabile al sistema degli appalti pubblici. Infatti, le norme di contabilità di Stato, oggi non costituiscono più la disciplina "normale" degli appalti di lavori pubblici, essendo stati questi ultimi, prima del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs n. 163/2006), compiutamente regolati dalla legge n. 109/1994 e dal regolamento attuativo (Dpr. n. 554/1999).

⁴ Fra le ultime: Consiglio di Stato, sez. VI^a, n. 6.275 del 17 dicembre 2008: *"Nonostante che l'articolo 16, comma 4°, del Regio Decreto n. 2440/1923 preveda che, in caso di asta pubblica o di licitazione privata, "il verbale di aggiudicazione equivale, ad ogni effetto di legge, a contratto", la prassi, sia amministrativa che giurisprudenziale, ha superato questo principio, riconoscendo alla norma natura derogabile. Ciò, in base all'articolo 89 del Regio Decreto n. 827/1924, secondo cui va inviato agli interessati, prima dell'aggiudicazione, uno schema negoziale contenente condizioni generali e speciali, non escluse quelle relative all'insorgere del vincolo, che, dunque, può essere diacronicamente posticipato rispetto all'aggiudicazione"*. In buona sostanza, il giudice amministrativo di appello afferma quanto segue: a) L'attuale tendenza, in materia di formazione dei contratti pubblici, distingue e separa il momento dell'aggiudicazione (scelta del contraente) dal momento della stipulazione del contratto, quale fase negoziale successiva a quella amministrativo-pubblicistica di selezione. b) Siffatta tendenza trova conferma nel Codice dei contratti pubblici (art. 11). c) Tale tendenza implica una possibilità di scelta: la stazione appaltante, anche laddove utilizzi modelli procedurali, che prevedono la contestualità delle due fasi (aggiudicazione=stipula), può sempre tener distinti le medesime. d) Tale situazione trova conferma nel fatto che, pur essendo ancora vigente l'articolo 16, comma 4°, del R.D. n. 2440/1923, la "prassi amministrativa e giurisprudenziale" ha superato il principio di equivalenza (aggiudicazione = stipula), anche fondandosi sull'articolo 89 del R.D. n. 827/1924. e) Tale ultima disposizione normativa, che si riferisce invero alla sola licitazione privata (ora, procedura ristretta), stabilisce che va inviato agli interessati, prima dell'aggiudicazione, uno schema negoziale contenente condizioni generali e speciali, non escluse quelle relative all'insorgere del vincolo, che, dunque, può essere diacronicamente posticipato rispetto all'aggiudicazione.

⁵ Articolo 16, comma 4°, del R.D. n. 2440/1923.

Orbene, la trattativa privata, in conseguenza dell'illustrata ampia discrezionalità, non poteva essere, correttamente, qualificata come procedura ad evidenza pubblica. Infatti, era assolutamente ben avvertito il rischio di una limitazione della concorrenza. Rischio ben esplicito già nella pregressa normativa, a partire dal regolamento di contabilità dello Stato⁶, fino ai decreti legislativi nn. 358/1992⁷ e n. 157/1995⁸ ed alla legge n. 109/1994⁹, per cui l'istituto è stato sempre utilizzato con estrema cautela.

Occorre ricordare, come poi meglio si preciserà in seguito, che, nel corso del tempo, anche la trattativa privata è stata sottoposta a regole, introdotte dalla prassi delle singole stazioni appaltanti, in sede di elaborazione di bandi di gara o di lettere di invito¹⁰, con le quali veniva disciplinata, in maniera più o meno dettagliata, la cosiddetta "gara informale". La disciplina riguardava, principalmente, la presentazione e l'esame delle offerte e dei criteri di aggiudicazione. Siffatte regole avevano, peraltro l'effetto di vincolare, sia le imprese private invitate, sia la medesima stazione appaltante, la quale, in tal modo, si autolimitava, scegliendo di sottoporsi ad un procedimento, pur in assenza di un'espressa previsione normativa.

2) I SISTEMI DI SCELTA DEL CONTRAENTE E LA TRATTATIVA PRIVATA PRIMA DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

La ricerca dell'imprenditore, al quale affidare in appalto, l'esecuzione di lavori o di un'opera pubblica, costituisce uno specifico procedimento amministrativo, una particolare procedura, caratterizzata da piena rilevanza esterna e predeterminazione delle regole e delle prescrizioni.

Piena rilevanza esterna, in quanto il procedimento di scelta, nelle varie fasi in cui si struttura e nei vari atti, cui dà origine, è integralmente destinato ad operare nei confronti dei terzi. Predeterminazione, in quanto l'agire procedimentale della Pubblica amministrazione, in tale settore più che mai, è caratterizzato dall'obbligo del rispetto delle "regole di gara", sia eteronome, cioè derivanti dall'ordinamento giuridico, sia autonome, cioè discrezionalmente prefissate dall'Amministrazione appaltante.

La scelta del contraente costituisce un "campo di azione", in cui è manifesta ed inequivoca la diversità dei principi di azione fra Pubblica amministrazione e soggetto privato. Infatti, mentre questi è completamente libero nella selezione dell'imprenditore, la Pa è integralmente vincolata, nel suo agire, da norme, sia eteronome che autonome, come prima evidenziato.

Dunque, la scelta del contraente costituisce un corposo procedimento, o più correttamente, un insieme di diversi procedimenti, finalizzati all'individuazione del miglior contraente per la Pubblica amministrazione.

Delineato tale concetto generale, possiamo procedere ad esaminare i **sistemi di scelta del contraente**, cioè le modalità, articolate a loro volta in scansioni procedurali, attraverso le quali veniva effettuata la selezione, **prima dell'entrata in vigore del Codice**.

I sistemi di scelta erano quattro:

- 1) Asta pubblica o pubblico incanto. Tale sistema consisteva in una gara, a cui l'Amministrazione interessata ammetteva tutti coloro che, oltre alla capacità di contrattare, avevano i requisiti, di carattere giuridico e tecnico-finanziario, richiesti per parteciparvi. L'asta pubblica era il sistema considerato, dalla pregressa normativa in materia, come normale e generale, nel senso che costituiva il modello di selezione standard da seguire. Con il pubblico incanto, l'Amministrazione rendeva noto all'esterno l'oggetto e le condizioni del contratto, cui intendeva addivenire, raccoglieva ed ammetteva le offerte dei soggetti interessati, ed individuava come contraente colui che presentava la "migliore offerta". Il termine migliore offerta è stato

⁶ Regio Decreto n. 827/1924.

⁷ Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE.

⁸ Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi.

⁹ Legge quadro in materia di lavori pubblici.

¹⁰ Od anche di specifici regolamenti sui contratti.

volutamente virgolettato, in quanto la qualificazione di migliore non può essere identificato in termini assoluti, ma dipende strettamente dai criteri di selezione utilizzati.

L'asta pubblica si sviluppava in tre momenti, che erano, invero, comuni anche agli altri sistemi: - pubblicazione del bando di gara; - celebrazione della gara; - aggiudicazione, cioè individuazione del contraente.

2) Licitazione privata. Tale sistema consisteva in una gara a selezione limitata, in quanto ad essa potevano partecipare sole le imprese invitate. Il sistema prevedeva una duplice fase. In un primo momento, la stazione appaltante pubblicava un bando, con prefissazione di requisiti. Le imprese interessate potevano, poi, richiedere di essere invitate alla successiva fase, ove si effettuava la selezione. Inizialmente, la licitazione, nello schema originario, consentiva alla Pa di effettuare una selezione già nella prima fase, invitando solo talune delle imprese, che avevano manifestato interesse. Successivamente, la giurisprudenza ha sempre più ristretto tale potere discrezionale di invito, giungendo quasi ad eliminarlo. Il Legislatore nazionale ha, poi, recepito tale orientamento giurisprudenziale, stabilendo (art. 23, comma 1°, legge n. 109/1994) che alle licitazioni private, per l'affidamento di lavori pubblici di qualsiasi importo, devono essere invitate tutte le imprese, che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando. In tal modo, la licitazione ha perso gran parte della sua funzione originaria, consistente nella possibilità di effettuare una selezione nella fase dell'invito, per cui l'istituto ha conosciuto una fase di crisi. Al fine di rivitalizzare l'istituto, l'articolo 23, commi 1-*bis* ed 1-*ter*, introdusse il novello sistema della licitazione privata semplificata. Per i soli lavori di importo inferiore ad € 750.000,00, IVA esclusa, le stazioni appaltanti avevano la facoltà di invitare a presentare offerta almeno trenta concorrenti scelti a rotazione, fra le imprese che hanno manifestato interesse. Precisamente, le stazioni appaltanti indicavano talune tipologie di lavori, con i connessi requisiti, che intendono effettuare. A questo punto, le imprese interessate presentavano domanda, con relativa autocertificazione di possesso dei richiesti requisiti, per essere inserite in un elenco di trenta concorrenti. La stazione appaltante, a rotazione, ha facoltà di invitare le imprese inserite nell'elenco. Le stazioni appaltanti procedono ad effettuare verifiche a campione sui soggetti concorrenti e, comunque, sui soggetti aggiudicatari. La domanda presentata negli altri mesi ha validità per l'anno finanziario corrispondente a quello della domanda stessa.

3) **Trattativa privata**. Si trattava di un sistema di scelta del contraente, caratterizzato dalla mancanza di precisi vincoli. Tuttavia, occorre chiarire che tale nozione va riferita alla sola trattativa privata "pura", o negoziazione fiduciaria, ove la stazione appaltante, quasi in assenza di qualsivoglia regola predeterminata contatta una o più imprese, al fine di individuare il miglior contraente. Tale modello, invero, sta progressivamente venendo meno, a fronte dell'affermarsi del distinto sistema della gara ufficiosa, o gara informale. In tale sistema, la stazione appaltante gode di minore libertà di azione, in quanto deve predeterminare le regole di gara, attraverso la formulazione di lettere di invito, equivalenti ai bandi di gara. Il "momento di libertà" residuava, invero, nell'individuazione delle imprese da invitare. L'articolo 24 della legge 109/1994 recepiva, in parte, l'evoluzione del modello, stabilendo che l'affidamento a trattativa privata era ammesso per i soli appalti di lavori pubblici esclusivamente nei seguenti casi:

- Lavori di importo complessivo non superiore a 100.000 euro. La legge non prevedeva alcuna particolare forma, per cui si ritiene applicabile il modello della negoziazione diretta o fiduciaria.
- Lavori di importo complessivo compreso tra oltre 100.000 euro e 300.000 euro, nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato e, in particolare, dell'articolo 41 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827¹¹.

¹¹ Articolo 41. Si procede alla stipulazione dei contratti a trattativa privata:

- 1) Quando gli incanti e le licitazioni siano andate deserte o si abbiano fondate prove per ritenere che ove si sperimentassero andrebbero deserte;

- Lavori di importo complessivo superiore a 300.000 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. E' espressamente prevista l'indizione di una gara informale, alla quale debbono essere invitati almeno quindici concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati ai sensi della presente legge per i lavori oggetto dell'appalto.

La normativa nazionale cercava di restringere l'utilizzo del sistema della trattativa privata, attraverso precise prescrizioni e cautele: 1) Gli affidamenti di appalti mediante trattativa privata devono essere motivati e comunicati all'Osservatorio dal responsabile del procedimento, ed i relativi atti sono posti in libera visione di chiunque lo richieda; 2) Le imprese, alle quali sono affidate gli appalti a trattativa privata devono possedere i requisiti per l'aggiudicazione di appalti di uguale importo mediante pubblico incanto o licitazione privata; 3) Nessun lavoro può essere frazionato in più affidamenti, al fine di eludere la normativa; 4) Qualora un lotto funzionale, appartenente ad un'opera, sia stato affidato a trattativa privata, non può essere assegnato con tale procedura altro lotto da appaltare in tempi successivi ed appartenente alla medesima opera.

4) Appalto-concorso. Si trattava di un sistema, che occupa un posto a sé stante nei modelli di scelta del contraente. Sostanzialmente, si è in presenza di una procedura ristretta, suddivisa in due fasi: l'ente pubblico predispose un progetto di massima dell'opera, che vuol fare realizzare e invita chi vi ha interesse a presentare progetti di esecuzione. Sceglie poi, fra i progetti presentati, un certo numero di quelli che ritiene più interessanti, e apre una gara fra i rispettivi presentatori per decidere a chi affidare l'appalto¹². La legge 109/1994 ha ridotto la possibilità di ricorrere a questa procedura, limitandola a lavori di natura speciale o che richiedano competenze particolari negli esecutori. Precisamente, ai sensi dell'articolo 20, comma 4°, l'affidamento di appalti mediante appalto-concorso è consentito ai soggetti appaltanti, in seguito a motivata decisione, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici per i lavori di importo pari o superiore a 25.000.000 di euro, 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. Lo svolgimento della gara è effettuato sulla base di un progetto preliminare, nonché di un capitolato prestazionale corredato dall'indicazione delle prescrizioni, delle condizioni e dei requisiti tecnici inderogabili. L'offerta ha ad oggetto il progetto esecutivo ed il prezzo.

I sistemi dell'asta pubblica e della licitazione privata erano modelli generali, nel senso che potevano essere sempre utilizzati, senza essere in presenza di particolari condizioni, come, invece, nella trattativa privata e nell'appalto-concorso. Tale principio era consacrato nell'articolo 20 della legge

-
- 2) Per l'acquisto di cose la cui produzione è garantita da privata industriale, o per la cui natura non è possibile promuovere il concorso di pubbliche offerte;
 - 3) Quando trattasi di acquisto di macchine, strumenti od 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) È in genere in ogni altro caso in cui ricorrono speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le forme degli artt. da 37 a 40 del presente regolamento. Nei casi previsti dal presente articolo la ragione per la quale si ricorre alla trattativa privata, deve essere indicata nel decreto di approvazione del contratto e dimostrata al Consiglio di Stato quando occorra il suo preventivo avviso.

¹² A ben vedere, l'appalto-concorso presenta analogie e differenze con la licitazione privata. Infatti, al pari della licitazione privata, anche l'appalto-concorso si articola in due fasi: - la preselezione in cui, dopo aver emanato un bando di gara, che definisce i requisiti minimi, l'aggiudicatore sceglie i soggetti che parteciperanno alla gara; - la gara, in cui le offerte presentate dai vari candidati sono valutate e comparate. La differenza con la licitazione privata consiste, invece, nel fatto che l'offerta presentata dai candidati non è solo di natura economica, ma ha ad oggetto la predisposizione di un vero e proprio progetto esecutivo.

109/1994, precisamente nel comma 1°, ove si prescriveva che gli appalti sono affidati mediante pubblico incanto o licitazione privata, e nel comma 3°, ove si stabilisce che gli appalti possono essere affidati, anche attraverso appalto-concorso o trattativa privata, esclusivamente nei casi e secondo le modalità previsti dalla presente legge. Dunque, “generalità” del pubblico incanto e della licitazione privata e “specialità” della trattativa privata e dell’appalto-concorso.

3) LA PROCEDIMENTALIZZAZIONE E LA CONSEGUENTE NATURA POLIFORME: “TRATTATIVA PRIVATA PURA” E GARA INFORMALE

Come prima illustrato, la trattativa privata presenta una natura indubbiamente poliforme.

Infatti, nell’ambito dell’istituto, si possono ben individuare le due seguenti e già accennate macro-tipologie:

- a) la **trattativa privata pura**, costituita da tutte quelle forme di selezione dei contraenti, senza il vincolo di regole predeterminate, quali il mero interpello, il sondaggio di mercato, l’indagine di mercato, etc.;
- b) la **trattativa privata esperita attraverso gara ufficiosa o informale**.

Come è stato rilevato già da tempo in giurisprudenza, la trattativa privata costituisce uno strumento di negoziazione, che può svolgersi a mezzo di un mero sondaggio di mercato, oppure ricorrendo ad una gara ufficiosa. Le due tipologie vanno distinte: l’indagine di mercato è preordinata esclusivamente a conoscere l’assetto del mercato, cioè quali sono i potenziali offerenti ed il tipo di condizioni contrattuali, che essi sono disposti a praticare, senza alcun vincolo in ordine alla scelta finale¹³; la gara ufficiosa, viceversa, oltre ad essere uno strumento di conoscenza, implica anche una valutazione comparativa delle offerte e, di per se, comporta che, indipendentemente dalle eventuali regole stabilite in via di autolimitazione, in sede di lettere di invito, la stazione appaltante è, comunque, obbligata al rispetto dei principi di par condicio e trasparenza: *“Nella trattativa privata, la gara ufficiosa, a differenza del mero sondaggio, implica anche una valutazione comparativa delle offerte, valutazione, che è insita nel concetto stesso di gara e che deve svolgersi nel rispetto del principio della trasparenza e garantendo la par condicio tra concorrenti. Allorché l’amministrazione indica una gara ufficiosa preliminare a trattativa privata (che costituisce ipotesi diversa dal mero sondaggio di mercato al fine della conoscenza di potenziali contraenti e delle eventuali modalità contrattuali), si vincola allo svolgimento di un procedimento concorsuale per una valutazione comparativa delle offerte, nel rispetto della par condicio delle imprese offerenti e della trasparenza delle proprie scelte, seppure non previamente paramtrate a puntuali criteri di massima, indicati nel bando di gara o nelle lettere d’invito a partecipare alla gara”*¹⁴.

Le due fattispecie sono, dunque, abbastanza distinte, pur se bisogna stare ben attenti, nella concreta prassi di azione, nel non approdare all’una, partendo dall’altra, senza averne piena cognizione. Il Tar Campania¹⁵, al riguardo, ben segnala che *“se ad una prima fase, impropriamente chiamata indagine di mercato, segue una seconda, in cui sono espressamente richieste offerte in busta chiusa e plichi sigillati, gli assunti sulla libertà assoluta delle forme della procedura scelta vengono meno e si appalesa il vizio procedurale nell’azione dell’amministrazione, la quale non può scegliere, per ragioni di mera opportunità, di seguire un sentiero garantista a fronte della scelta, effettuata a monte, di procedere all’aggiudicazione, con il ricorso a trattativa privata nell’ambito di una gara informale.*

¹³ *“Allorché l’amministrazione indica una gara ufficiosa preliminare a trattativa privata (che costituisce ipotesi diversa dal mero sondaggio di mercato al fine della conoscenza di potenziali contraenti e delle eventuali modalità contrattuali), si vincola allo svolgimento di un procedimento concorsuale per una valutazione comparativa delle offerte, nel rispetto della “par condicio” delle imprese offerenti e della trasparenza delle proprie scelte, seppure non previamente paramtrate a puntuali criteri di massima, indicati nel bando di gara o nelle lettere d’invito a partecipare alla gara”* (CdS, sez. VI[^], n. 1.881/2001).

¹⁴ Consiglio Stato, sez. VI[^], 29 marzo 2001, n. 1881.

¹⁵ Sez. VII[^] Napoli, n. 3.304/2006.

La giurisprudenza ben individua l'elemento discrezionale, fra le due distinte tipologie, nella presenza o non presenza, di regole predeterminate: *la gara ufficiosa è una categoria diversa dal mero sondaggio di mercato, pure utilizzabile nell'ambito della trattativa privata. Il sondaggio di mercato tende solo a conoscere l'esistenza di potenziali contraenti e delle condizioni contrattuali che sono disposti a praticare; la gara ufficiosa implica anche una valutazione comparativa delle offerte in base a criteri prefissati* (CdS, sez. VI[^], n. 1.881/2001).

Dunque, è l'esistenza di regole preventive e, come vedremo fra breve, anche di principi generali di riferimento, ciò che distingue le due tipologie.

Tuttavia, le due tipologie, in quanto appartenenti entrambe alla categoria generale della trattativa privata (la "casa madre"), presentano dei **comuni profili**. Si pensi, a tal riguardo, alla possibilità, già da tempo riconosciuta dalla giurisprudenza, di censurare l'indizione della trattativa privata, in qualsivoglia forma indetta, da parte delle imprese di settore, lamentanti la carenza dei presupposti per l'indizione della trattativa medesima: *all'imprenditore, che non ha partecipato al procedimento di scelta del contraente, è riconosciuta una posizione giuridica qualificata a contestare, in sede di giudizio, l'illegittimo esperimento della trattativa privata in luogo di altri procedimenti contrattuali ad evidenza pubblica, e ciò in considerazione del fatto che l'illegittima riserva della negoziazione in favore di alcuni imprenditori operanti in un determinato settore incide negativamente sulla libertà di iniziativa economica, garantita in via di principio dall'art. 41 della Costituzione, e viene, comunque, attuata in un contesto normativo che, anche in virtù della recezione di puntuali obblighi comunitari, sensibilmente restringe la possibilità di esperire procedimenti non concorsuali di scelta del contraente* (Tar Veneto, sez. I[^], n. 901/1996).

Ad ogni modo, le due tipologie, eccettuato qualche scarso punto di comunanza, divergono rigorosamente sulla base dei seguenti profili (**Elementi di diversità**).

In primo luogo, la procedimentalizzazione.

Infatti, nella gara ufficiosa, diversamente che dalla trattativa pura, la stazione appaltante segue uno schema procedurale, costituito da regole predeterminate, autonomamente definite, e da principi. Normalmente, le imprese vengono notiziate ed invitate alla gara, attraverso le "lettere di invito", che costituiscono, al pari del bando nel pubblico incanto, la *lex specialis* della gara medesima. In tali lettere, sono dettagliatamente prefissate le regole della gara, quali: criterio di aggiudicazione, indicazione precisa della prestazione/servizio/fornitura/lavori richiesti, indicazione dei termini di esecuzione, di presentazione delle offerte, delle modalità di offerta, etc. A ben vedere, le attuali lettere di invito, maggiormente utilizzate nella prassi dei pubblici appalti, sono abbastanza simili ai bandi dei pubblici incanti, per quanto attiene alla "densità" del contenuto ed alla minuziosità delle prescrizioni. Di conseguenza, non è, assolutamente, errato affermare che la vera differenza fra asta pubblica e gara ufficiosa risiede nella sola facoltà della stazione appaltante, in sede appunto di gara ufficiosa, di poter invitare le imprese; potere, che manca, ovviamente, nel pubblico incanto. Certo, si tratta di un potere indubbiamente delicato ed importante. Tuttavia, occorre riconoscere che la gara ufficiosa si presenta come una forma di selezione concorrenziale indubbiamente complessa ed articolata.

In secondo luogo, le due tipologie di trattativa privata si differenziano per le conseguenze della procedimentalizzazione. Ed, infatti, in quanto esiste una procedura, occorre osservare le "regole autonome" della medesima, cioè quelle discrezionalmente prefissate nella lettera di invito. Oltre a queste, devono essere osservati anche i principi generali, tipici delle gara di appalto. La giurisprudenza più recente è ben chiara su tale punto, ed evidenzia che *la stazione appaltante, indipendentemente dalle regole espresse che eventualmente stabilisca in via di autolimitazione, è tenuta al rispetto dei principi insiti nel concetto stesso di gara, che sono quelli di trasparenza e par condicio, nel caso in cui la stessa decida, nell'ambito di una trattativa privata, di indire una "gara ufficiosa"* (CdS, sez. V[^], n. 1.873/2005).

Infine, trattativa privata pura e gara informale si differenziano anche per ciò che riguarda la posizione e la tutela delle imprese invitate. Infatti, l'impresa concorrente in una gara ufficiosa è titolare di una posizione di interesse legittimo; cioè ha l'interesse a che siano rispettate le regole

autonome ed i principi generali di gara: *quando la Pa procede alla trattativa privata, indicando una gara ufficiosa, le posizioni soggettive dei concorrenti assumono la consistenza di interessi legittimi, abilitando le parti interessate ad agire davanti al g.a. per dedurre l'illegittimità degli atti lesivi, contrastanti con i vincoli normativi od autonomamente stabiliti dalla stessa stazione appaltante* (CdS, sez. V, n. 6.377/2001). Tale situazione e posizione non è configurabile nei riguardi delle imprese invitate ad una trattativa pura, per la semplice ragione che mancano regole predeterminate, alle quali, poi, riferire i principi generali delle gare. Quindi, il soggetto partecipante ad una trattativa privata pura gode, indubbiamente, di una posizione meno tutelata nei riguardi della stazione appaltante, diversamente dall'impresa partecipante alla gara ufficiosa.

4) I SISTEMI DI SCELTA DEL CONTRAENTE E LA TRATTATIVA PRIVATA DOPO IL CODICE. LE PROCEDURE NEGOZiate: CAMBIO DEL NOMEN E RIBADITA ECCEZIONALITÀ

In tema di procedure di gara, le direttive comunitarie¹⁶ ed il Codice hanno fortemente innovato sia sul "fronte nominalistico", cioè per quanto attiene le denominazioni degli istituti, sia sul fronte sostanziale-contenutistico:

- a) **Procedura aperta**¹⁷ (articolo 28 Direttiva 2004/18/CE; articoli 54-55 codice): l'Amministrazione aggiudicatrice rende noti al pubblico l'oggetto e le condizioni del contratto, cui intende addivenire, raccoglie le offerte dei vari concorrenti ed accetta come contraente il soggetto, che ha presentato la migliore offerta, da valutare secondo i criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa o del prezzo più basso. Tale procedura si contraddistingue per il fatto di consentire la massima competitività tra le imprese, interessate ad acquisire la posizione di controparte contrattuale dell'Amministrazione, ed ha inizio con la pubblicazione di un bando di gara. Tale procedura ricalca integralmente la pregressa asta pubblica o pubblico incanto.
- b) **Procedura ristretta**¹⁸ (articolo 28 Direttiva 2004/18/CE; articoli 54-55 codice): si tratta di una gara a concorso limitato, alla quale possono partecipare solo gli operatori economici preventivamente selezionati dall'Amministrazione, previa pubblicazione di un bando di gara. Tale procedura si differenzia da quella aperta in quanto si basa su di una preventiva selezione, effettuata dalla stazione appaltante. Viceversa, nella procedura aperta non vi sono "barriere" preventive, se non quelle costituite dal possesso dei previsti requisiti. A tal riguardo, occorre osservare che l'articolo 28, al comma I°, stabilisce che *le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adattate ai fini della presente direttiva*. In altri termini, le stazioni appaltanti devono adeguare le "procedure nazionali" a quelle comunitarie; cioè: asta pubblica > procedura aperta; licitazione privata > procedura ristretta.
- c) **Procedure negoziate**. Con il Codice dei contratti pubblici, la trattativa privata ha conosciuto una rilevante modificazione, non limitata al solo profilo terminologico. In linea generale, le procedure negoziate¹⁹ (nuova denominazione della trattativa privata) sono quelle in cui le

¹⁶ Direttiva 2004/17/CE e Direttiva 2004/18/CE.

¹⁷ Precedentemente: asta pubblica o pubblico incanto.

¹⁸ Precedentemente: licitazione privata.

¹⁹ In tema di natura e struttura della procedura negoziata: *"La procedura negoziata, dettata dal D.Lgs. n. 163/2006, presuppone che si svolga una negoziazione che non può essere riservata al solo concorrente che abbia proposto, sin dall'inizio, il prezzo più basso, ma deve svolgersi tra l'ente aggiudicatore e i vari concorrenti al fine di arrivare alla scelta del prezzo più conveniente per la fornitura del servizio. Il comma 40 dell'art. 3 del D.Lgs. n. 163/2006, definisce invero le procedure negoziate come le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto; va altresì ricordato che il successivo art. 226 stabilisce che nel caso delle procedure negoziate gli enti aggiudicatori invitano simultaneamente e per iscritto i candidati selezionati a presentare le rispettive offerte o a negoziare. La negoziazione con tutti gli offerenti costituisce quindi, un elemento essenziale della procedura negoziata; al riguardo è opportuno precisare che, poiché il richiamato comma 40 dell'art. 3, usa l'espressione "negoziando con uno o più di essi", è anche possibile che la negoziazione avvenga con uno solo degli offerenti, ma ciò può avvenire solo quando una simile possibilità sia stata espressamente prevista nel bando. Occorre invero non dimenticare che la nuova disciplina della procedura negoziata, che ha*

Amministrazioni aggiudicatrici consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano, con uno o più di essi, le condizioni dell'appalto²⁰. Di tratta di una formulazione terminologica, che ricalca quella delineata dalla direttiva 18/2004/CE, dal contenuto ampio, in modo tale che possa intravedersi sia la possibilità di procedere previa una mera consultazione, cui fa seguito la negoziazione con un solo operatore, sia la possibilità di procedere a trattativa diretta con un unico operatore. Le ipotesi di ricorso a tali procedure sono limitate.

Si è, prima, parlato, di “**procedure negoziate**”, e non al singolare, intendendo riferirsi al fatto che sussistono, nell’ambito della disciplina codicistica, diverse tipologie e, precisamente:

- 1) Procedura negoziata, previa pubblicazione di bando di gara (art. 56);
- 2) Procedura negoziata, senza previa pubblicazione di bando di gara (art. 57);
- 3) Procedura negoziata, in sede di concessione di servizi (art. 30, comma 3°);
- 4) Procedura negoziata, in sede di contratti segreti di ogni tipo, di ogni importo ed in ogni settore (art. 17, comma 4°);
- 5) Procedura negoziata per gli incarichi di progettazione sino ad € 100.000,00 (91, comma 2°);
- 6) Procedura negoziata per i lavori sino ad € 100.000,00 (art. 122, comma 7°);
- 7) Procedura negoziata per i lavori da € 100.000,00 sino ad € 500.000,00 (art. 122, comma 7-bis°);
- 8) Procedura negoziata per le opere di urbanizzazione sino alla soglia di rilevanza comunitaria (art. 122, comma 8°);
- 9) Procedura negoziata, in sede di cottimo fiduciario per i lavori, da € 40.000,00 ad € 200.000,00 (art. 125, comma 8°);
- 10) Procedura negoziata, in sede di cottimo fiduciario per servizi e forniture, da € 20.000,00 sino ad € 193.000,00 (art. 125, comma 11°);
- 11) Procedura negoziata, in sede di concessione di lavori e servizi nei settori speciali (art. 216);
- 12) Procedura negoziata, nei settori speciali per forniture e servizi, indipendentemente dalla soglia (art. 220, comma 1°).

Dunque, un variegato ginepraio di “procedure negoziate”, per le quali non è sempre semplice individuare la precisa disciplina all’interno del Codice.

Il Codice dei contratti pubblici, agli articoli 54 e seguenti, conferma la natura eccezionale delle procedure negoziate.

Precisamente, il comma 1°, dell’articolo 54²¹, dopo aver previsto che, per l’individuazione del miglior contraente, cui affidare un contratto pubblico, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte, ristrette, negoziate, ovvero il dialogo competitivo²², al successivo comma 2° stabilisce, letteralmente, che “esse aggiudicano i contratti mediante procedura aperta o mediante procedura ristretta”. In altri termini, procedura aperta e procedura ristretta costituiscono e rappresentano gli “ordinari” modelli di scelta del contraente. L’aggettivo ordinario sta, significativamente, ad indicare che è possibile ricorrere ad entrambi, senza dover verificare la sussistenza di alcuna particolare condizione, senza dover motivare alcunchè! Dunque, aperta e ristretta sono procedure generali ed ordinarie di scelta del contraente: la stazione appaltante può ricorrere ad una delle due, senza dover fornire alcuna spiegazione. Invero, seppur equiordinate, il Codice, al 2° comma, dell’articolo 55, stabilisce una regola generale di “preferenza”: le stazioni appaltanti utilizzano, di preferenza, le procedure ristrette quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione, o quando il criterio di

sostituito la vecchia trattativa privata, intende assicurare il rispetto dei principi generali in tema di economicità, trasparenza, par condicio, correttezza e massima apertura ad una effettiva concorrenza che improntano ormai tutta la contrattualistica pubblica. Con la nuova disciplina, infatti, si è voluto evitare proprio quel fenomeno, purtroppo diffuso e giustificato con le più svariate motivazioni, di una contrattazione singola dell'ente aggiudicatore con un solo soggetto, che - tranne casi eccezionali - violava apertamente i ricordati principi di trasparenza, par condicio, correttezza e massima apertura ad una effettiva concorrenza” (Tar Lombardia, sez. Milano I^, n. 8/2007).

²⁰ Articolo 3, comma 40°, Codice.

²¹ Articolo 28, Direttiva 2004/18/CE.

²² Procedure di scelta del contraente da osservare in conformità alla disciplina, prevista dal Codice.

aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tuttavia, ad eccezione di tale profilo di scelta preferenziale, la procedura aperta e quella ristretta sono poste sullo stesso piano e sono da considerarsi, entrambe, generali ed ordinarie.

Viceversa, le procedure negoziate hanno conservato all'interno del Codice dei contratti pubblici la loro natura eccezionale. Infatti, il comma 4°, dell'articolo 54, stabilisce che le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante una procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara, solo "nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previste", cioè solo in presenza delle peculiari e straordinarie ipotesi, espressamente e tassativamente, previste dal Codice medesimo, agli articoli 56 (procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara) e 57 (procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando di gara). Dunque, una **ribadita eccezionalità**, valevole anche per il dialogo competitivo²³.

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, al riguardo, ha affermato che *"dal dodicesimo 'considerando' della direttiva 93/36, risulta che la procedura negoziata ha carattere eccezionale ed è ammissibile soltanto nelle ipotesi tassativamente indicate nell'articolo 6 n. 2 e 3. Pena la privazione dell'effetto utile della direttiva 93/36, gli Stati membri non possono introdurre ipotesi di ricorso alla procedura negoziata non previste dalla direttiva stessa oppure aggiungere condizioni aventi l'effetto di rendere più agevole il ricorso a detta procedura"*²⁴.

La giurisprudenza nazionale non ha mai avuto dubbi sul carattere di eccezionalità della trattativa privata: *"Il metodo della trattativa privata nell'affidamento di appalti di opere pubbliche presenta un sicuro carattere di eccezionalità, rispetto agli altri metodi di scelta del contraente, onde le circostanze speciali ed eccezionali che consentono il ricorso a tale metodo, non possono risolversi in meri giudizi discrezionali di opportunità"*²⁵. Più recentemente, sopravvenuto il Codice, si è evidenziata la disciplina, introdotta dal medesimo, che conferma la natura derogante: *"La trattativa privata - oggi definita procedura negoziata nelle direttive comunitarie e negli atti nazionali di recepimento - è un criterio di selezione dei concorrenti di tipo eccezionale perché la necessità di tutelare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, imparzialità e buon andamento impongono il ricorso alle procedure aperte o ristrette e la procedura negoziata, come si evince dal confronto tra il quarto e il secondo comma dell'art. 54, d.lg. n. 163 del 2006, può essere utilizzata solo nei casi specifici in cui la legge lo preveda espressamente"*²⁶.

Ancor più recentemente, il Tar Puglia, sez. Lecce II²⁷, ha affermato che *"Costituisce ius receptum il principio, secondo il quale, costituendo la trattativa privata ipotesi del tutto eccezionale, l'amministrazione appaltante è libera di indire una gara pubblica, pur quando si verificano in astratto presupposti per aggiudicare i lavori mediante trattativa privata, senza neanche indicare le ragioni di tale scelta, rientrando ciò nelle scelte ordinarie dell'amministrazione che l'ordinamento considera di per sé preferibili, piuttosto, al contrario, è la scelta della P.A. di procedere a trattativa privata, che va adeguatamente motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti specifici legali che di volta in volta la giustificano. Viceversa, qualora l'amministrazione si orienti per la gara pubblica, non occorre addurre alcuna giustificazione, rientrando ciò nelle opzioni normali che l'ordinamento considera di per sé preferibili, anche quando si verificano in astratto, i presupposti*

²³ Articolo 54, 3° comma, Codice: Alle condizioni specifiche espressamente previste, le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante il dialogo competitivo.

²⁴ Corte giustizia CE, 8 aprile 2008, n. 337, la quale precisato che *"la procedura negoziata deve essere ritenuta eccezionale e deve essere applicata soltanto in casi elencati in via limitativa. Al riguardo, l'art. 6, n. 2 e 3 di tale direttiva menziona tassativamente ed espressamente le uniche eccezioni per le quali è consentito il ricorso alla procedura negoziata. L'onere di dimostrare che sussistono effettivamente le circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intenda avvalersene. Nel caso di specie, la Repubblica italiana non ha dimostrato giuridicamente la ragione per cui solamente gli elicotteri prodotti dall'Agusta sarebbero dotati delle specificità tecniche richieste. In particolare, non ha dimostrato sotto quale profilo un cambiamento di fornitore l'avrebbe costretto ad acquisire un materiale fabbricato secondo una tecnica differente, tale da comportare un'incompatibilità ovvero difficoltà tecniche di uso o di manutenzione sproporzionate"*.

²⁵ Tar Piemonte, sez. II[^], n. 154/1993.

²⁶ Tar Sicilia, sez. Catania III[^], n. 1.104/2007.

²⁷ Sentenza n. 173 del 31 gennaio 2009.

per aggiudicare mediante procedura negoziata. Difatti, mentre la gara pubblica rispetta i principi di trasparenza, efficienza e buon andamento cui le PP.AA. devono uniformare il proprio agire, la trattativa privata risulta ipotesi del tutto eccezionale alla quale è possibile, e non già doveroso, ricorrere ove ricorrano tutti i presupposti previsti dalla legge". Una pronuncia chiara ed inequivoca: la gara pubblica, cioè le equiordinate procedure aperte e ristrette, non necessita di alcuna giustificazione, sia perché costituisce procedura ordinaria, sia perché rispetta i principi di trasparenza, efficienza e concorrenza. Viceversa, la procedura negoziata, in quanto modalità eccezionale, esige una puntuale motivazione in merito alla sussistenza della precisa ipotesi, normativamente prevista.

Per quanto concerne la pubblicità delle sedute di gara, una costante giurisprudenza ha sempre affermato che *"nessuna norma impone che lo svolgimento delle operazioni, concernenti una gara ufficiosa di trattativa privata, avvenga in seduta pubblica, cui siano invitate a presenziare le ditte concorrenti"*²⁸. L'obbligo della seduta pubblica può, invero, essere previsto dalla medesima stazione appaltante nel disciplinare di gara: *"nell'ambito della procedura di affidamento a trattativa privata, l'amministrazione ha l'obbligo di aprire le buste in seduta pubblica, solo ove si sia obbligata a farlo, con norma esplicita inserita nel capitolato"*²⁹. La giurisprudenza più recente ha assunto al riguardo una posizione più articolata. E' stato osservato che la procedura negoziata, pur divergendo in modo sensibile dal vetusto modello della trattativa privata integralmente deproceduralizzata³⁰, conserva margini di snellezza e di elasticità, che giustificano la sottrazione a regole formali, operanti con riferimento alle gare sottoposte ad un più intenso tasso di pubblicità e di formalismo, cioè procedure aperte e ristrette. In virtù di tali "margini", anche a voler ritenere applicabili principi di pubblicità e di trasparenza, il riferimento ai medesimi assume un significato ben preciso e circoscritto, in relazione proprio alle procedure negoziate. Tale riferimento non impone l'obbligo, a carico della stazione appaltante, di consentire la fisica presenza alle operazioni di gara dei rappresentanti di tutti le imprese concorrenti, ma prescrive, da un lato, di rendere previamente nota la propria intenzione di contrarre e di definire, sempre prima, le modalità di valutazione delle offerte; dall'altro lato, di garantire, successivamente, la leggibilità delle decisioni assunte dalla medesima stazione appaltante. Pertanto, *"non esistono regole od affermazioni giurisdizionali, secondo cui la pubblicità delle operazioni di apertura dell'offerta economica, ossia la verificabilità immediata delle operazioni compiute dalla stazione appaltante in sede di procedura negoziata, costituisca un obbligo incondizionato per le stazioni appaltanti"*³¹.

5) LE NOVITA' INTRODOTTE DAI DECRETI CORRETTIVI

Entrato in vigore il 1° luglio del 2006, il Codice dei contratti pubblici è stato, sin dall'origine, destinatario di ipotesi di modificazione, che hanno trovato esplicazione in ben tre decreti correttivi. Tali decreti hanno modificato anche la disciplina codicistica in materia di procedure negoziate, attraverso i seguenti interventi:

- a) Primo Decreto Correttivo³²: Sospensione³³ al 1° agosto 2007 della normativa codicistica in materia di procedura negoziata, con o senza previa pubblicazione di bando di gara, nei soli settori ordinari³⁴
- b) Secondo Decreto Correttivo³⁵:
 - Eliminazione delle seguenti ipotesi di procedura negoziata, previo bando: 1) casi eccezionali, qualora si tratti di lavori, servizi, forniture, la cui particolare natura o i

²⁸ Tar Friuli Venezia Giulia, n. 800/2003. In tal senso, *ex multis*: Tar Lazio, sez. Roma III[^], n. 6.460/2007.

²⁹ Tar Lazio, sez. Roma III[^], n. 6.460/2007. In tal senso, anche: Tar Lazio, sez. Roma I[^], n. 7.368/2004.

³⁰ Trattativa privata pura.

³¹ Tar Puglia, sez. Lecce, n. 128 del 29 gennaio 2009.

³² D.Lgs n. 6/2007.

³³ *Rectius*, "nuova sospensione" o "nuovo rinvio".

³⁴ Eguale sospensione venne disposta anche per il dialogo competitivo, l'accordo quadro nei soli settori ordinari, le centrali di committenza e l'appalto integrato.

³⁵ D.Lgs n. 113/2007.

cui imprevisi, oggettivamente non imputabili alla stazione appaltante, non consentano la fissazione preliminare e globale dei prezzi; 2) servizi, rientranti nella categoria 6 dell'allegato II A e di prestazioni di natura intellettuale, se la natura della prestazione da fornire renda impossibile stabilire le specifiche del contratto.

- Eliminazione delle ipotesi di procedura negoziata, senza bando, in relazione alla ripetizione di soli lavori analoghi.
 - Gli articoli 56 ("Procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara") e 57 ("Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara") diventano pienamente efficaci ed operativi dal 1° agosto 2007.
- c) Terzo Decreto Correttivo³⁶: Nuova disciplina in materia di opere di urbanizzazione sotto soglia comunitaria, con la previsione della novella modalità di realizzazione, rappresentata dall'indizione di una procedura negoziata, senza previa pubblicazione di bando di gara, con invito rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei³⁷

6) LA PROCEDURA NEGOZIATA PREVIA PUBBLICAZIONE DI BANDO DI GARA

Grazie al secondo decreto correttivo (D.Lgs n. 113/2007), gli articoli 56 ("Procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara") e 57 ("Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara"), prima sospesi, sono pienamente efficaci ed operativi dal 1° agosto 2007.

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

Sotto il profilo procedimentale, va osservato che, diversamente dalle direttive precedenti, che si limitavano a disciplinare i casi in cui era ammessa la procedura negoziata, senza nulla dire sulle relative modalità di svolgimento, la direttiva 2004/18/CE introduce talune regole, dirette a disciplinare i criteri di selezione delle offerte ed a garantire la *par condicio* dei concorrenti. Si è assistito, pertanto, ad una "procedimentalizzazione comunitaria" della trattativa privata, non più limitata alla sola previa pubblicazione del bando di gara. Rispetto alle procedure aperte e ristrette, in cui la stazione appaltante si limita a verificare la conformità delle offerte alle prescrizioni dei disciplinari di gara, nella procedura negoziata vi è una vera e propria fase di "negoziato individuale", con ciascun offerente, in cui le offerte sono fluide e modificabili.

Il Codice dei contratti pubblici ha, puntualmente, recepito gli indirizzi della direttiva comunitaria e, nel comma 2°, dell'articolo 56, ha stabilito che le stazioni appaltanti negoziano con le imprese le offerte presentate, per adeguarle alle esigenze indicate nel bando di gara, nel capitolato d'onori e negli eventuali documenti complementari, e per individuare l'offerta migliore con i criteri di selezione, previsti agli articoli 82³⁸ e 83³⁹. Preoccupazione precipua del legislatore comunitario, recepita anche dal Codice, è quella di garantire il rispetto della *par condicio* fra le imprese concorrenti, sia pur salvaguardando la negoziazione individuale con ciascun partecipante. Pertanto, al comma 3°, dell'articolo 56, si stabilisce che, nel corso della negoziazione, le stazioni appaltanti garantiscono, appunto, la parità di trattamento tra le imprese, e non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri. Dunque, costituisce onere, a carico della stazione appaltante, fornire a tutti i concorrenti le medesime informazioni, in merito alle esigenze, che le offerte devono soddisfare e le relative caratteristiche tecniche ed estetiche.

A scopo acceleratorio e, soprattutto, in vista del contenimento dei costi della procedura, il comma 4° stabilisce che le stazioni appaltanti possono prevedere che la procedura negoziata si svolga in fasi successive, per ridurre il numero di offerte da negoziare ed applicando i criteri di aggiudicazione previsti nel disciplinare di gara e nel capitolato. Il ricorso a tale possibilità deve essere indicato nel bando di gara o nella lettera di invito. Le finalità di siffatta previsione sono ben indicate nel

³⁶ D.Lgs n. 152/2008.

³⁷ Articolo 122, comma 8°.

³⁸ Criterio del prezzo più basso.

³⁹ Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

preambolo (41° considerando) della direttiva 2004/18/CE: “Nel dialogo competitivo e nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, tenuto conto della flessibilità che può essere necessaria nonché dei costi troppo elevati connessi a tali metodi di aggiudicazione degli appalti, occorre consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di prevedere uno svolgimento della procedura in fasi successive in modo da ridurre progressivamente, in base a criteri di attribuzione preliminarmente indicati, il numero di offerte che continueranno a discutere o a negoziare. Tale riduzione dovrebbe assicurare, purché il numero di soluzioni o di candidati appropriati lo consenta, una reale concorrenza”.

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

- a) Pubblicazione del bando, contenente gli elementi essenziali del contratto, che si intende aggiudicare e stipulare.
- b) Richieste di invito, inoltrate presso la stazione appaltante, da parte delle imprese interessate.
- c) Inoltro degli inviti alle imprese, da parte della stazione appaltante.
- d) Presentazione delle offerte.
- e) Negoziazione con le imprese offerenti, garantendo parità di trattamento e non fornendo, in maniera discriminatoria, informazioni “avvantaggianti” talune imprese a scapito di altre. Riguardo tale fase, il Tar Lombardia⁴⁰ ha affermato che la disciplina della procedura negoziata presuppone che si svolga una negoziazione, la quale non può essere riservata al solo concorrente, che abbia proposto, sin dall'inizio, il prezzo più basso ma deve svolgersi tra l'ente aggiudicatore ed i vari concorrenti, al fine di arrivare alla scelta della migliore offerta. La negoziazione con tutti gli offerenti, ad avviso del Tar, costituisce, infatti, “*elemento essenziale della procedura negoziata*”, anche in considerazione del fatto che, tra gli obiettivi perseguiti dalla nuova disciplina comunitaria e nazionale relativa a tale tipologia di procedura, adottata in sostituzione della vecchia trattativa privata, vi è proprio quello di evitare i fenomeni, in precedenza diffusi, “*di contrattazione singola dell'ente aggiudicatore con un solo soggetto*”. Prassi questa, che, al di là dei casi eccezionali espressamente previsti dalla legge, aveva determinato una palese violazione dei principi comunitari di trasparenza, *par condicio*, correttezza e massima apertura all'effettiva concorrenza. Ad ogni modo, non vi è dubbio che la fase della negoziazione costituisce il momento più delicato, il quale comporta l'esercizio, da parte dell'Ente pubblico, di un corposo potere discrezionale. Infatti, se è vero che la “negoziazione deve avvenire nel rispetto dell'obbligo di *par condicio*, comprensivo anche del divieto di fornire informazioni “avvantaggianti”, è parimenti vero che l'”adeguamento” dell'offerta alle esigenze dell'Ente determina uno spazio di azione difficilmente controllabile e sindacabile.

Per quanto concerne le ipotesi applicative, a partire dal 1° agosto 2007, la procedura negoziata previo bando di gara è ammessa solo nei due seguenti casi e solo per lavori:

- 1) per lavori di importo inferiore ad un milione di euro, in caso di offerte irregolari o inammissibili, in esito a procedura aperta, ristretta o a dialogo competitivo⁴¹.
- 2) per lavori a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto⁴².

⁴⁰ Sez. Milano, n. 8/2007

⁴¹ Precisamente (art. 56, 1° comma, lettera a): quando, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate sono irregolari ovvero inammissibili, in ordine a quanto disposto dal presente codice in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Le stazioni appaltanti possono omettere la pubblicazione del bando di gara se invitano alla procedura negoziata tutti i concorrenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 34 a 45 che, nella procedura precedente, hanno presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima. Le disposizioni di cui alla presente lettera si applicano ai lavori di importo inferiore a un milione di euro.

⁴² Precisamente (art. 56, 1° comma, lettera d): nel caso di appalti pubblici di lavori, per lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto, e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e sviluppo.

Le altre due pregresse e seguenti ipotesi sono state eliminate dal Secondo Decreto Correttivo: - in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori, servizi, forniture, la cui particolare natura o i cui imprevisti, oggettivamente non imputabili alla stazione appaltante, non consentano la fissazione preliminare e globale dei prezzi; - limitatamente ai servizi, nel caso di servizi rientranti nella categoria 6 dell'allegato II A e di prestazioni di natura intellettuale, quali la progettazione di opere, se la natura della prestazione da fornire renda impossibile stabilire le specifiche del contratto con la precisione sufficiente per poter aggiudicare l'appalto selezionando l'offerta migliore secondo le norme della procedura aperta o della procedura ristretta.

7) LA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DI BANDO DI GARA

L'articolo 57 del Codice, in conformità all'articolo 31 della direttiva 18/2004, disciplina la **procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara**.

Tale procedura presenta due precisi caratteri: è facoltativa, come la precedente, ed è assoggettata ad un minimo di regole procedurali (obbligo di motivazione, rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione). Per quanto riguarda l'obbligo di motivazione, occorre segnalare che esso appare più corposo in tale procedura, rispetto alla precedente. Infatti, il comma 1°, dell'articolo 57 prevede che le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle ipotesi seguenti, "dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre". Dunque, un'espressa richiesta di motivazione, che manca, invece, nella disciplina della negoziata previo bando. Il 6° comma, dell'articolo 57, innovando rispetto alle direttive comunitarie, che non impongono garanzie procedurali, mantiene in vita la pregressa gara informale o ufficiosa: Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare, sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico, che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando.

La procedura, meno innovativa della precedente, conosce, dunque, le seguenti fasi:

- Selezione degli operatori, sulla base di informazioni desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione;
- Individuazione di almeno tre operatori, da invitare alla "gara informale", se sussistono in tale numero soggetti idonei;
- Lettera di invito agli operatori selezionati;
- Scelta del miglior contraente, sulla base dei criteri e dei requisiti, indicati nella lettera di invito.

Come si vede, la procedura ricalca, per grandi linee, il modello procedurale della consolidata trattativa privata per gara ufficiosa.

Le singole **ipotesi applicative** sono le seguenti:

a) Contratti pubblici di lavori, forniture e servizi:

1. **Gara deserta o offerte inappropriate** (qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura⁴³. Sono esclusi i lavori di importo superiore ad

⁴³ Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Alla Commissione, su sua richiesta, va trasmessa una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta e sulla opportunità della procedura negoziata.

un milione di euro. In materia di offerte inappropriate, la recente giurisprudenza ha evidenziato che *“é possibile fare ricorso alla negoziata senza pubblicazione del bando di gara, qualora non siano riscontrate offerte appropriate. La norma, però, trova applicazione solo quando le condizioni essenziali del contratto siano rimaste sostanzialmente immutate e ciò non avviene quando, intendendo aggiudicare l'Amministrazione un lotto dello spazio interno della propria struttura, muti la natura dell'esercizio commerciale da assegnare”*⁴⁴.

2. **Esecutore “determinato”**, per ragioni di natura tecnica, artistica, etc. (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). Delle peculiari “ragioni tecniche, che possono giustificare il ricorso alla negoziata senza bando, ci occuperemo fra breve, per ora è sufficiente segnalare che la Corte UE⁴⁵ si è recentemente occupata della vicenda degli elicotteri Augusta ed ha condannato l'Italia in relazione alla prassi, esistente da lungo tempo e tuttora seguita, di attribuire direttamente ad una società una serie di appalti per l'acquisto di elicotteri, destinati a sopperire alle esigenze di diversi corpi militari e civili, al di fuori di qualsiasi procedura di gara e, segnatamente, senza rispettare le procedure previste dalla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici di forniture.
3. **Estrema urgenza** (nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara). Secondo la pregressa, ma sempre valida elaborazione giurisprudenziale, occorre un'urgenza qualificata e non generica, cioè improvvisa ed imprevedibile⁴⁶, oppure deve ricorrere un'oggettiva impossibilità di acquisire la prestazione da altri contraenti⁴⁷. Più recentemente: *“Il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando, di cui all'art. 57 comma secondo lett. c), d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, è ammesso solo in casi eccezionali, che non consentano l'indugio degli incanti e della licitazione privata, previa esposizione delle ragioni giustificative della deroga, e a condizione che l'estrema urgenza dei lavori risulti da eventi imprevedibili per la stazione appaltante e non dipenda invece da un ritardo di attivazione dei procedimenti ad essa imputabile”*⁴⁸. A tal riguardo, opportunamente la normativa codicistica stabilisce che le circostanze, invocate a giustificazione dell'estrema urgenza, non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti. Siffatta non imputabilità viene enfatizzata dalla più recente giurisprudenza⁴⁹, la quale puntualmente individua i presupposti applicativi della peculiare fattispecie⁵⁰ in: a) presenza di circostanze eccezionali, che non consentono di ricorrere alla procedura ristretta o negoziata; b) esposizione delle ragioni giustificative della deroga; c) estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per la stazione appaltante e non dipendenti, invece, da un ritardo di attivazione dei procedimenti ad essa imputabile

b) **Contratti pubblici di forniture:**

1. Scopo di sperimentazione, di studio o di sviluppo (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.

⁴⁴ Tar Sicilia, sez. Catania II[^], n. 133/2008.

⁴⁵ Corte UE, 8 aprile 2008, causa C-337/05.

⁴⁶ Corte dei conti, sez. contr., n. 1.625/1986.

⁴⁷ Consiglio di Stato, sez. IV[^], n. 29/1995.

⁴⁸ Tar Molise, sez. I[^], n. 689/2008.

⁴⁹ Tar Lazio, sez. Roma I[^], n. 1.656 del 18 febbraio 2009.

⁵⁰ Articolo 57, comma 2°, lett. c), D.Lgs. 163/2006

2. Consegne complementari (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).
 3. Forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime.
 4. Acquisizione 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.
- c) Contratti pubblici di servizi: 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; in quest'ultimo caso tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati.
- d) Contratti pubblici di lavori ed appalti pubblici di servizi:
1. Per i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale nè nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni:
 - tali lavori o servizi complementari non possono 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 lavori o servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale;
 2. Per nuovi servizi, consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; 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, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28.

Per quanto concerne le fattispecie di procedura negoziata, previste dal codice, occorre segnalare che il Secondo decreto correttivo (D.Lgs n. 113/2007) ha apportato le seguenti modificazioni:

- Eliminazione delle seguenti ipotesi di procedura negoziata, previo bando: 1) casi eccezionali, qualora si tratti di lavori, servizi, forniture, la cui particolare natura o i cui imprevisti, oggettivamente non imputabili alla stazione appaltante, non consentano la fissazione preliminare e globale dei prezzi; 2) servizi, rientranti nella categoria 6 dell'allegato II A e di prestazioni di natura intellettuale, se la natura della prestazione da fornire renda impossibile stabilire le specifiche del contratto.
- Eliminazione dell'ipotesi di procedura negoziata, senza bando, in relazione alla ripetizione di soli lavori analoghi.

Il comma 7°, dell'articolo 57 dispone che è, in ogni caso, vietato il rinnovo tacito dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi, lavori, ed i contratti rinnovati tacitamente sono nulli⁵¹. Come è ben facile osservare, il fondamento del divieto del rinnovo tacito, sancito già dall'articolo 6 della legge n. 537/1993 (Finanziaria 1994)⁵², si ricollega ad una molteplicità di esigenze: da un lato il divieto tende, anzitutto, a conferire effettività al principio generale della concorrenza, quale canone fondamentale dell'attività contrattuale della Pa, contribuendo in tal modo alla dinamicità ed alla trasparenza del mercato; dall'altro, si consente all'Amministrazione di assumere obbligazioni di pagamento di somme di denaro, unicamente con l'adozione di un provvedimento formale di impegno, previo il positivo riscontro delle relative disponibilità. Il divieto è chiaramente diretto ad evitare la più che deprecabile prassi, diffusa nei decenni addietro, ma perdurante fino a qualche tempo fa, di accettare contratti con la clausola di tacito rinnovo, in mancanza di tempestiva e formale disdetta. Le ragioni di tale condotta possono presumibilmente essere ricondotte ad una scarsa diligenza posta dai pubblici funzionari nel valutare e controllare le proposte contrattuali dei privati. E' evidente che una siffatta prassi non solo risulta ovviamente antieconomica, ma produce anche un altro negativo effetto, consistente nella creazione di una situazione di "quasi monopolio di fatto" in favore del privato. Contro tale nefasta consuetudine, è giustamente intervenuto il Legislatore, dando corpo ad un esplicito divieto, accompagnato dalla sanzione della nullità in caso di violazione.

8) UN'IPOTESI PECULIARE DI PROCEDURA NEGOZIATA: "LE RAGIONI DI NATURA TECNICA"

Problema generale

In un'importante pronuncia, il Tar Lazio⁵³ ha affrontato una particolare ipotesi di procedura negoziata, senza previo bando: le ragioni di natura tecnica, implicanti l'affidamento diretto.

Precisamente il tribunale amministrativo laziale ha affermato che *"è legittimo l'affidamento a trattativa privata diretta dell'appalto del servizio di centralino telefonico, con il sistema di fonia in tecnologia IP, qualora le caratteristiche tecniche del servizio medesimo appaiono tali da richiedere un elevato livello di tecnologia, per il tramite di infrastrutture messe a disposizione dall'operatore affidatario, e tali da essere gestite unicamente da siffatto soggetto"*. La pronuncia, seppur complessivamente corretta, non sembra aver conferito la necessaria attenzione al rigoroso percorso procedurale, che la stazione appaltante deve osservare, per poter legittimamente conferire un servizio senza gara⁵⁴.

La trattativa privata ed il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica

Come già detto, l'ASL di Viterbo disponeva l'affidamento diretto del servizio di centralino telefonico, sulla base dell'articolo 7, comma 2°, lett. b) del D.Lgs n. 157/1995 ("Attuazione della direttiva 92/50/CEE, in materia di appalti pubblici di servizi"), il quale prevede la possibilità, per la stazione appaltante, di affidare il servizio a trattativa privata, senza la preliminare pubblicazione di un bando di gara, "qualora, per motivi di natura tecnica, artistica o per ragioni attinenti alla tutela

⁵¹ Il comma riproduce l'articolo 6, comma 2°, della legge n. 537/1993.

⁵² E confermato dall'articolo 44, comma 1°, legge n. 724/1994 (Finanziaria 1995).

⁵³ Sez. III^a, n. 7.102 del 08/08/2006.

⁵⁴ Veniamo alla concreta vicenda. L'ASL di Viterbo, nel 1996, affidava all'impresa S. coop. la gestione del servizio di centralino telefonico e di altri servizi connessi ("cerca persone", centralino delle comunicazioni interne, il controllo del sistema informatico LS 300, nonché il controllo del quadro sinottico degli ascensori di un locale ospedale). Successivamente, l'ASL, con la deliberazione n. 1.784/2003, approvava il progetto di "evoluzione del sistema di fonia in tecnologia IP", presentato da un'altra impresa. Tale progetto era caratterizzato da un duplice obiettivo: a) realizzare una rete "intranet", basata sui protocolli IP, che consentisse di ridurre completamente le spese telefoniche; b) sostituire tutte le centrali telefoniche obsolete con tecnologie compatibili con i nuovi sistemi IP. Alla scadenza del servizio di centralino telefonico, l'ASL, con la deliberazione n. 553/2005, affidava il servizio medesimo, senza gara, mediante una trattativa privata pura, all'impresa T., che aveva elaborato e sviluppato il progetto ora indicato. Avverso tale affidamento, proponeva ricorso l'impresa S. coop, lamentando l'insussistenza dei presupposti per procedere alla trattativa ed il connesso difetto di motivazione. Il Tar Lazio non accoglieva il ricorso, sostenendo che le peculiari caratteristiche tecniche del servizio impongono la scelta di un determinato gestore, in considerazione anche del progetto di innovazione tecnologica sviluppato dal medesimo.

dei diritti esclusivi, l'esecuzione dei servizi possa essere affidata unicamente ad un particolare prestatore di servizi". La disposizione normativa è stata, sostanzialmente, confermata dall'articolo 57 del sopravvenuto Codice appalti (D.Lgs n. 163/2006), il quale, al comma 2°, lettera b), consente l'affidamento senza gara "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". Le due disposizioni sono, pressoché, identiche nel consentire l'affidamento a trattativa privata pura, laddove "motivi tecnici", strettamente connessi al servizio, impongano la scelta di un unico soggetto, il quale, proprio in ragione di quei motivi, è l'unico in grado di poter gestire il servizio. Come ben si vede, entrambe le disposizioni prevedono una stretta connessione fra ragioni tecniche e particolari capacità del gestore. E' evidente che la stazione appaltante deve ben illustrare tale connessione, attraverso una motivazione congrua ed esaustiva. A tal riguardo, occorre osservare che la novella disposizione del Codice appalti (art. 57, comma 2°, lettera b), diversamente dalla precedente, prevede in modo espresso la necessità di "dar conto con adeguata motivazione". In tal modo, il Codice, recependo la copiosa giurisprudenza in merito, esige la formulazione di una motivazione "onerosa", che certo non può limitarsi a richiamare il sol testo normativo. Infatti, la giurisprudenza, a fronte di un più che disinvolto agire delle stazioni appaltanti, ha sempre richiamato la necessità di una *puntuale motivazione, in ordine alla ricorrenza, in concreto, delle condizioni richieste dalla norma per poter procedere alla trattativa privata* (Tar Sardegna, n. 738/2003). In tal senso, allora, il Codice appalti consacra un obbligo di "onerosa motivazione", posto a salvaguardia del fondamentale principio di concorrenza.

La ragione di tale obbligo deve rinvenirsi, invero, anche nel fatto che le due disposizioni normative si riferiscono ad una fattispecie, la trattativa privata (ora, procedura negoziata), senza preliminare pubblicazione di un bando di gara, che si presta facilmente ad un uso distorto, stante l'assenza di un reale, seppur minimo, confronto concorrenziale.

Infatti, la trattativa privata pura, cioè senza indizione di alcuna gara, è costituita da tutte quelle forme di selezione dei contraenti, senza il vincolo di stringenti regole predeterminate, quali il mero interpellato, l'indagine di mercato, etc.. Istituto diverso è, invece, la trattativa privata esperita attraverso gara ufficiosa o informale. Tali due tipologie di trattativa, eccettuato qualche scarno punto di comunanza, divergono rigorosamente sulla base di due precisi profili⁵⁵.

In presenza di una siffatta situazione, è evidente che risulta decisivo controllare, verificare con attenzione, la ricorrenza dei presupposti legittimanti il ricorso alla trattativa privata pura. Ecco, dunque, la necessità di una "motivazione onerosa" (richiesta, ora, espressamente dal Legislatore), attraverso la quale, sia possibile controllare, in sede giurisdizionale (ma anche per i cittadini e le imprese interessate!), il corretto ricorso alla trattativa. La stazione appaltante, allora, dovrà giustificare la trattativa, ben illustrando l'evidenziato nesso fra i "motivi tecnici" e le particolari capacità del gestore.

Orbene, occorre prendere atto che il compito del giudice di controllare la ricorrenza dei presupposti legittimanti la trattativa costituisce un'attività al contempo delicata e limitata, in quanto egli interviene su di un "prodotto", qual è la giustificazione-dimostrazione dei presupposti medesimi, elaborato dalla stazione appaltante nell'esercizio del potere di discrezionalità tecnica, o di valutazione tecnica.

Tale potere consiste, secondo un vetusto orientamento, nella valutazione dei fatti, posti dalla legge a presupposto dell'agire amministrativo, sulla base di conoscenze tecnico-scientifiche. La discrezionalità tecnica consiste, dunque, in una attività conoscitiva e di giudizio, la quale si concreta in manifestazioni di scienza, ma in cui manca il momento della valutazione di interessi ed il momento della scelta, tipici della discrezionalità amministrativa.

Negli ultimi anni, la dottrina ha, in parte, abbandonato tale inquadramento tradizionale, giungendo, addirittura, a mettere in discussione la stessa correttezza dell'espressione "discrezionalità tecnica". Secondo il nuovo orientamento, la discrezionalità tecnica consisterebbe in un mero apprezzamento

⁵⁵ Come prima illustrato, i criteri discretivi sono rappresentati da: - procedimentalizzazione; posizione e tutela delle imprese.

di fatti, informato a parametri tecnici, e non avrebbe nulla a che vedere con la discrezionalità propriamente detta, anche in virtù della carenza del potere di valutazione degli interessi e di quello della scelta. La discrezionalità tecnica, viene pertanto, vista come un puro giudizio sui fatti, per cui, conseguentemente, il giudice amministrativo può verificare tale giudizio, cioè può valutare i presupposti di fatto su cui esso si fonda.

Occorre ricordare che le valutazioni tecniche, compiute dalle Pubbliche amministrazioni, sono state sempre analizzate dalla giurisprudenza, la quale ha, tradizionalmente, ritenuto di poterle censurare solo in tre chiari casi: a) illogicità manifesta, la quale raggruppa tutte quelle ipotesi in cui, avuto riguardo alla situazione di fatto, non era ragionevole attendersi una decisione della specie di quella adottata; b) vizi procedimentali, incluso anche quello afferente la composizione della commissione tecnica; c) violazione delle norme attributive del potere, cioè vizi relativi all'organizzazione ed alla distribuzione del potere amministrativo.

Secondo il nuovo orientamento, invece, il sindacato giurisdizionale, oltre gli aspetti formali e di palese illogicità, può investire anche la valutazione tecnica, nel suo "assetto contenutistico". Secondo la fondamentale pronuncia del Consiglio di Stato del 1999 (sez. IV[^], n. 601/1999), la discrezionalità tecnica è sindacabile *in sede giurisdizionale in base, non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'Autorità amministrativa, ma in base alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza, quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo*. In buona sostanza, il Consiglio di Stato ritiene che se un procedimento tecnico è inserito nella struttura di una norma giuridica, una sua applicazione inadeguata, oppure un giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti, comporta un vizio di legittimità dell'atto. In altri termini, il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica non si risolve solo in una verifica diretta a scoprire eventuali vizi procedimentali (vecchio orientamento), ma implica un controllo sull'attendibilità delle attività tecniche poste in essere, giungendo ad esaminare la correttezza e l'adeguatezza del criterio adottato, oltre che del procedimento applicativo utilizzato.

La tematica delle valutazioni tecniche e della loro sindacabilità giurisdizionale si è, indubbiamente, arricchita di nuove prospettive, a seguito dell'introduzione della consulenza tecnica, operata dalla legge 205/2000, all'articolo 16.

La previsione normativa di tale nuovo strumento probatorio ha, immediatamente, fatto sorgere una diversità applicativa, la quale oscilla fra un controllo di tipo forte ed un controllo di tipo debole.

Secondo il primo tipo di controllo, la valutazione tecnica, risultante dalla consulenza tecnica in sede processuale, prevale su quella effettuata dalla Pa, anche nei casi in cui la scelta risulta condizionata da obiettivi margini di opinabilità. Tale controllo si traduce in un potere sostitutivo del giudice, il quale sovrappone la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'Amministrazione o, più precisamente, sovrappone il proprio modello logico a quello prescelto dall'Amministrazione. Secondo il tipo di controllo debole, la valutazione tecnica, risultante dalla consulenza tecnica, può censurare soltanto quei giudizi tecnici, effettuati dall'Amministrazione, che appaiano sicuramente inattendibili. La consulenza viene, in altri termini, utilizzata solo per un controllo di ragionevolezza e di coerenza tecnica della decisione operata dall'Amministrazione.

Le statuizioni del Tar Lazio, sez. III[^], n. 7.102 del 08/08/2006

Le precisazioni ora illustrate, in tema di trattativa privata e di discrezionalità tecnica, sono decisive per poter valutare la correttezza dell'agire dell'amministrazione, oltre che, e primariamente, la plausibilità complessiva delle statuizioni del Tar Lazio.

L'ASL di Viterbo ha giustificato la sussistenza dei "motivi tecnici", richiesti dall'articolo 7, comma 2°, lett. b) del D.Lgs n. 157/1995, facendo leva sull'illustrato progetto di innovazione tecnologica. Tale progetto ha determinato, ad avviso della stazione appaltante, una situazione di stretta connessione di servizi, per cui l'originario servizio non può che essere condizionato dal successivo. Tali ragioni sono state specificamente illustrate in una nota allegata alla deliberazione n. 533/2005, con la quale si è disposto l'affidamento diretto. In altri termini, la rete intranet, realizzata con

tecnologia IP, condiziona il preesistente servizio di centralino telefonico, esigendo un suo “sviluppo tecnico”, che non può che essere realizzato dal soggetto ideatore del progetto.

Il Tar Lazio accoglie integralmente tale “impianto motivazionale” ed, in un certo senso, va anche oltre.

L’*iter* argomentativo del tribunale prende le mosse dalla già richiamata normativa ed evidenza, al riguardo, che i “motivi tecnici” debbono essere rinvenuti nell’elevato livello di tecnologia, raggiunto grazie alle infrastrutture realizzate dall’impresa T., elaboratrice ed esecutrice del progetto del 2003. Tale progetto, costituisce, ad avviso del Tar, una sorta di “punto di non ritorno”, di cui occorre tener conto, in considerazione della bontà degli obiettivi collegati. Implementato tale progetto, non può che prendersi atto dell’evidente, anzi “necessaria”, interconnessione esistente fra i due servizi. A tal riguardo, il Tar aderisce integralmente alle giustificazioni dell’Amministrazione, illustrate nella citata nota. Il percorso di innovazione tecnologica consentirà di perseguire obiettivi importanti, quali la semplificazione di gestione del sistema di fonia e l’azzeramento del traffico intersede. Tali obiettivi, ad avviso del Tar, ben possono giustificare la trattativa privata pura, in quanto costituiscono quasi un valore in sé, sul cui altare il sacrificio del principio di libera concorrenza non può che imporsi.

Inoltre, in un passaggio della sentenza, è possibile cogliere un’espressione, che rivela, a ben vedere, una certa contraddittorietà con quanto sinora detto. I giudici laziali affermano che *occorre anche evidenziare come la tipologia del servizio richiesto,, risulti completamente differente ed innovativa rispetto a quella svolta dalla odierna ricorrente*. Tale affermazione risulta, invero, sorprendente, in quanto la diversità, laddove effettivamente esistente (!), fra il servizio affidato a trattativa e quello preesistente, non costituisce assolutamente la questione di fondo. Il problema non è la diversità fra i due servizi; la questione è solo costituita dal fatto che il “nuovo” servizio poteva o, forse, doveva, essere affidato con gara, al di là di sussistenti elementi di differenziazione. Il disagio argomentativo, poi, è reso vieppiù evidente dal fatto che il Tar, successivamente, ritorna sul precedente “percorso giustificativo”, affermando che la deliberazione impugnata *evidenzia in modo espresso che la proposta della odierna controinteressata rappresenta la naturale continuazione del progetto appena completato*. Dunque, si ritorna a ad argomentare in termini di sviluppo progettuale, che esige, forse per sua virtù interna (!), l’imprescindibile affidamento del servizio ad un dato operatore!

Il corretto procedimento per qualificare la trattativa come unica soluzione

Il percorso argomentativo del Tar Lazio giunge, quindi, ad una chiara conclusione: l’innovazione tecnologica, determinata dall’implementazione del progetto, impone l’affidamento del servizio di centralino telefonico allo stesso soggetto elaboratore del progetto.

Orbene, al di là della strano “circolo vizioso”, che viene in tal modo ingenerato, ed al di là delle contraddizioni rinvenibili, preme evidenziare che il corretto percorso procedimentale, a conclusione del quale è possibile qualificare la trattativa come unica soluzione, risulta ben diverso da quello seguito dalla stazione appaltante.

Occorre, primariamente, segnalare che il ricorso alla trattativa privata, quale sistema di scelta del contraente, presenta alcune precipue caratteristiche.

E’ un sistema, innanzitutto, eccezionale, in quanto fuoriesce dagli schemi ordinari e generali dell’asta pubblica (ora, procedura aperta) e della licitazione privata (ora, procedura ristretta). Significativamente, l’articolo 54 del Codice appalti, mentre al comma 2°, prescrive che le stazioni appaltanti, di norma, aggiudicano i contratti mediante procedura aperta o ristretta, al comma 4°, espressamente stabilisce che “nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previste, le stazioni appaltanti possono affidare i contratti pubblici mediante una procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara”. La giurisprudenza è unanimemente consapevole di tale peculiarità: *il procedimento di gara a trattativa privata è un’ipotesi eccezionale, cui la p.a. può ricorrere al fine di disporre l’aggiudicazione dei contratti* (Tar Abruzzo, sez. l’Aquila, n. 951/2004).

E' un sistema anche residuale, in quanto ad esso può farsi ricorso solo in ipotesi marginali: *la trattativa privata costituisce un sistema di scelta del contraente di natura residuale ed eccezionale* (Tar Piemonte, sez. II[^], n. 965/2004).

Inoltre, è un sistema derogatorio, in quanto costituisce eccezione ai sistemi generali, basati sulla gara: *il sistema della trattativa privata è, dunque, eccezionale, perché derogatorio rispetto ad altri sistemi fondati sulla regola della gara pubblica* (CdS, sez. IV[^], n. 399/2001).

Infine, è un sistema che esige, come già anticipato, una “motivazione onerosa”, cioè maggiormente dettagliata e puntuale: *Ai sensi degli art. 6 e 7, d.lg. 17 marzo 1995 n. 157, la stazione appaltante può deliberare di affidare un appalto di fornitura a trattativa privata, anche senza preventiva pubblicazione del bando, ma in questo caso deve spiegare in modo analitico e ragionevole per quale motivo sussistano i presupposti indicati dalle dette norme* (Tar Emilia Romagna, sez. I[^], n. 471/2003).

Eccezionalità, residualità, carattere derogatorio e motivazione onerosa non possono che imporre alla stazione appaltante un percorso procedurale particolarmente severo, a conclusione del quale appaia ben chiaro ed indiscusso che il ricorso alla trattativa privata, in particolar modo quella per “motivi tecnici”, costituisce l'unica soluzione concretamente praticabile.

In primo luogo, la stazione appaltante, in qualità di Pubblica amministrazione, deve porsi il problema di individuare con precisione l'interesse o, *rectius*, l'esigenza pubblica da soddisfare. Si tratta di un importante elemento, la cui corretta individuazione è decisiva, in quanto imprecise ricognizioni condizioneranno negativamente e, sovente, in modo irreparabile, l'agire futuro. Nel caso di specie, l'esigenza di pubblico interesse, il “bisogno” che occorre curare, è rappresentato dalla ricezione e, più in generale, dalla gestione delle telefonate in tecnologia IP.

Individuata correttamente l'esigenza, è possibile pervenire alla definizione tecnica del servizio, da ricercare sul mercato. E' evidente che l'identificazione del servizio e delle sue peculiari e, talora, esclusive caratteristiche, deve avvenire con estremo rigore da parte della Pubblica amministrazione, in modo da poter comprendere e, poi, dimostrare, la possibilità, o meno del ricorso al mercato, cioè alla gara pubblica, oppure la necessità di contrattare con un unico operatore economico.

Solo a questo punto, cioè dopo aver individuato il “bisogno pubblico” e definito il servizio nei suoi elementi tecnici, è possibile valutare l'eventuale sussistenza di “motivi di natura tecnica”, implicanti la contrattazione con un solo soggetto, cioè l'affidamento senza gara. In buona sostanza, la precisa qualificazione del servizio, a seguito della ricognizione delle pubbliche esigenze, si rivela estremamente importante ai fini della trasparenza e della correttezza dell'azione amministrativa, in quanto si pone come decisivo *discrimen* fra la “regola” della gara pubblica e la sua antitetica “eccezione”, rappresentata dalla trattativa privata.

Solo dopo tale “percorso”, appare corretta e legittima la trattativa pura, cioè la contrattazione, quasi completamente libera, con uno o più operatori, ritenuti idonei ed esclusivi titolari delle capacità tecniche, intimamente correlate al servizio. La stazione appaltante deve illustrare tale intero percorso procedurale, con adeguata ed esaustiva motivazione, affinché il suo agire possa essere sottoposto ad un controllo, invero delicato, in quanto si ha a che fare con il risultato di una valutazione di discrezionalità tecnica. E' ben evidente che solo la puntuale illustrazione di tale percorso consentirà al giudice di non travalicare i suoi limiti, verificando la plausibilità logica dell'agire complessivo. E' ovvio che i sostenitori del “sindacato forte” spingeranno oltre la loro analisi, esaminando anche il contenuto delle valutazioni tecniche ed impingendo, in tal modo, nel merito. Allora, proprio in tal caso, l'esaustiva illustrazione del percorso procedurale potrà consentire un miglior controllo, evitando, al contempo, inutili “invasioni di campo”, con indebite sostituzioni dei giudici alla Pa.

Orbene, tale percorso procedurale non sembra essere stato seguito, affatto, dall'ASL di Viterbo!

Infatti, la motivazione, indubbiamente esistente (!), del ricorso alla trattativa privata è stata fondata esclusivamente sull'innovazione tecnologica, determinata dall'implementazione del progetto, il quale ha imposto l'affidamento diretto del servizio al medesimo soggetto elaboratore del progetto.

Lo sforzo motivazionale è stato indubbiamente profuso in tal senso, per cui non è possibile, onestamente, affermare che la trattativa sia priva di motivazione.

Tuttavia, il problema non è questo.

Il problema è che, in tal modo, cioè fondando la motivazione esclusivamente sul progetto del 2003 e sulle sue potenzialità di sviluppo quasi “taumaturgiche”, si corre il serio rischio di trovarsi davanti ad una situazione di sostanziale “monopolio tecnico”. In altri termini, approvato ed implementato il progetto, ne deriva necessariamente che diversi servizi, fra cui quello in esame, vengano ad essere attratti nella sua orbita, quasi una tela di ragno, giustificando ed imponendo l’affidamento dei medesimi all’elaboratore e realizzatore del progetto. Sarebbe interessante sapere, a questo punto, se la scelta dell’operatore, cui affidare l’ideazione del progetto, sia stata effettuata con gara. Dalla lettura della pronuncia, tale aspetto non emerge con chiarezza. Invero, nel caso in cui sia mancata un’originaria procedura di gara, appare ancor più evidente la sussistenza della situazione di monopolio: un soggetto viene scelto, senza gara (forse, in virtù delle sue presunte esclusive competenze tecniche), per l’elaborazione e l’implementazione di un progetto, i cui naturali sviluppi esigono l’affidamento al medesimo di una vasta gamma di servizi. Ovviamente, si potrà dire che tali servizi sono “tecnicamente correlati” al progetto, per cui l’affidamento diretto non può che imporsi. Tuttavia, è proprio questo circolo vizioso (il progetto determina effetti di innovazione tecnologica, che impongono l’affidamento dei servizi “correlati” all’elaboratore del progetto medesimo), che ingenera un forte disagio nell’attento osservatore, il quale, pur in presenza di una sussistente motivazione, non può che prendere atto dell’esistenza di una situazione, che potremo definire di “sviluppo monopolistico”: lo sviluppo del progetto ingloba tutti i servizi ed obbliga a contrattare con un sol soggetto. Viceversa, il corretto svolgimento dell’illustrato percorso procedurale avrebbe, se posto in essere, probabilmente, evidenziato che il servizio di centralino telefonico, con il sistema di fonia in tecnologia IP, anche se correlato alle innovazioni tecnologiche ingenerate dal progetto, poteva, pur sempre, essere fornito e gestito da altri operatori, previa una puntuale definizione dei capitolati tecnici!

9) LE ULTERIORI IPOTESI DI PROCEDURA NEGOZIATA

Il Codice dei contratti pubblici disciplina ulteriori ipotesi di procedura negoziata, oltre le fattispecie generali⁵⁶, di cui agli articoli 56 (previa pubblicazione di bando di gara) e 57 (senza previa pubblicazione di bando di gara). Siffatte ipotesi sono:

- a) **Lavori di importo complessivo non superiore a centomila euro** (art. 122, comma 7°, Codice). Si tratta di una fattispecie preesistente alla nuova normazione codicistica. Infatti, l’articolo 24, 1° comma, lettera 0a), della legge n. 109/1994, ora abrogata, prevedeva, appunto, un’analogia ipotesi, aggiunta dall’articolo 7, della legge n. 166/2002. In relazione a tale originaria ipotesi normativa, la dottrina⁵⁷ affermava che la sua concreta utilizzazione incontrava il solo limite della motivazione, imposta, dal 2° comma dell’articolo 24⁵⁸, per tutti i casi di trattativa privata: *“Il ricorso alla trattativa, quand’anche dopo l’innovazione dell’articolo 24, 1° comma lettera 0a, va giustificato e di tale giustificazione va data esternazione: il metodo della trattativa privata rappresenta, infatti, comunque un’eccezione ai principi di libera concorrenza e, dunque, di rispetto della par condicio delle imprese coinvolte”*⁵⁹. Dunque, la fattispecie, nella vigenza della legge Merloni, veniva considerata come un’ipotesi di trattativa privata pura, priva di vincolanti procedure. Ovviamente, fatta sempre salva la facoltà della stazione appaltante di autolimitarsi, attraverso la previsione di specifiche regole di azione, statuite

⁵⁶ Fattispecie generali nel senso primario che si riferiscono a tutte le concrete fattispecie di sopra e sotto soglia comunitaria.

⁵⁷ AA.VV., *“I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”*, p. 745, Milano, 2007.

⁵⁸ Articolo 24, 2° comma: Gli affidamenti di appalti mediante trattativa privata sono motivati e comunicati all’Osservatorio dal responsabile del procedimento e i relativi atti sono posti in libera visione di chiunque lo richieda.

⁵⁹ Consiglio di Stato, sez. V[^], n. 2.803/2008.

in sede di lettera di invito. In tali casi, la stazione appaltante, è obbligata ad osservare siffatte regole⁶⁰. Il percorso motivazionale, che conduce alla scelta di pervenire a siffatta tipologia di negoziata, dovrebbe comporsi dei seguenti elementi illustrativi:

- I. Illustrazione delle esigenze dell'Amministrazione, in ordine ai lavori da realizzare;
- II. Configurazione dei medesimi come sviluppo organico di un intervento, quindi, con esplicitazione della loro omogeneità, al fine di risolvere ogni dubbio possibile in merito al frazionamento;
- III. Illustrazione delle ragioni, per cui si intende soddisfare l'esigenza determinatasi con il ricorso alla procedura negoziata;
- IV. Illustrazione delle linee adottate per la selezione del contraente (indagine di mercato, consultazioni preliminari, mero interpello, etc.);
- V. Indicazioni delle ragioni, che hanno permesso la scelta di un contraente rispetto ad altri, contattati in modo anche informale.

Quindi, il "dato motivazionale" deve essere esplicitato, per sostenere la scelta della stazione appaltante, cioè per dar corpo all'opzione esercitata e per giustificare l'orientamento per una procedura, comunque, "eccezionale". La motivazione, peraltro, si delinea come passaggio di sostanziale importanza per l'esplicitazione delle scelte della stazione appaltante, in una prospettiva di massima chiarezza e trasparenza nei confronti di tutti i soggetti che lo richiedano, "abilitati" dalla disposizione medesima ad avere accesso agli atti relativi all'esperimento della procedura negoziata. Si determina, in sostanza, una strettissima relazione tra la motivazione ed i differenti controlli esercitabili sul ricorso alla procedura negoziata.

Con l'avvento del Codice, la dottrina, pur in presenza di un'ipotesi del tutto analoga, ha mutato parere. Infatti, si è affermato⁶¹ che, alla luce dei principi e della giurisprudenza comunitaria, recepita nel Codice, occorre, comunque, il rispetto dei principi dei Trattati Europei, a tutela della concorrenza⁶². A tal riguardo, si afferma che non ha più senso parlare di "trattativa privata pura fino a centomila euro", bensì di "procedura negoziata fino a centomila euro", in cui occorre rispettare i principi comunitari.

Tuttavia, tale mutamento di opinione deve essere rivisto alla luce dell'ultima novità normativa in materia: la nuova ipotesi di procedura negoziata, introdotta dal decreto legge n. 162/2008, convertito in legge n. 201/2008, in riferimento ai lavori di importo da € 100.000,00 ad € 500.000,00 (art. 122, comma 7°-bis, Codice). Orbene, come vedremo fra breve, per siffatta nuova ipotesi, il Codice prevede una specifica procedura (gara informale a cinque operatori). Ciò potrebbe significare che, laddove si è inteso introdurre un'ipotesi di "negoziata informale", lo si è espressamente previsto, come nell'ultima ipotesi. Viceversa, se non si è prevista alcuna procedura, come nel caso dell'ipotesi del 7° comma, forse, vuol dire che si è fatto riferimento ad un'ipotesi diversa, priva di vincolata procedura. Tale percorso argomentativo consente anche di conferire significato alle due distinte ipotesi (7°: senza procedura; 7°-bis: con procedura), le quali, allora, non avrebbero ragion d'essere se venissero unificate. In buona sostanza, non si può che, letteralmente, prendere atto che il Codice, per il comma 7°, non prevede alcuna

⁶⁰ Fra le ultime: "Nelle gare per l'aggiudicazione di contratti pubblici, anche se svolte in modo ufficioso od informale, la stazione appaltante è tenuta ad applicare le regole, da essa stessa eventualmente fissate nel bando o nella lettera di invito", Consiglio di Stato, sez. V[^], n. 5.095/2008.

⁶¹ R. De Nictolis, "Manuale degli appalti pubblici", p. 759, Roma, 2008.

⁶² Articolo 27 - "Principi relativi ai contratti esclusi": L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto.

procedura, mentre per il novello comma 7°-bis, sì! In tal senso, attenta dottrina⁶³, prendendo spunto da tale chiara differenziazione di disciplina, afferma espressamente che, per l'ipotesi di negoziata in esame, “è possibile ritenere ammissibile anche l'assegnazione in via diretta, senza qualsivoglia preventivo confronto concorrenziale”. Fra l'altro, non deve essere dimenticato che il comma 7° prevede, appunto che “la procedura negoziata è ammessa, oltre che nei casi di cui agli articoli 56 e 57, anche per lavori di importo complessivo non superiore a centomila euro”, cioè la negoziata è ammessa, nella specifica fattispecie, “oltre” i casi generali e, dunque, sembra far riferimento ad un *tertium genus*⁶⁴, non disciplinato nella procedura. Inoltre, non va trascurato un ulteriore elemento di riflessione. Il limite di € 100,00,00 coincide con la soglia di obbligatoria programmazione, di cui all'articolo 128, comma 1°, del Codice. In base a tale disposizione normativa, solo gli interventi, il cui importo sia superiore ad € 100.000,00, devono essere obbligatoriamente inclusi nella programmazione (programmazione triennale ed elenco annuale). Gli interventi di importo inferiore ad € 100.000,00 sfuggono alla programmazione, in quanto di modesto valore. Orbene, tale coincidenza non appare frutto del puro caso. La modestia del valore sembra consentire, infatti, non solo la non sottoposizione alla programmazione, ma anche la libertà della stazione appaltante di scegliere le proprie regole procedurali.

Invero, parte della dottrina⁶⁵ più recente sembra propendere, in modo deciso, per la tesi della non procedimentalizzazione di tale ipotesi di negoziata, sostenendo, al riguardo, che l'onere motivazionale è sufficientemente assolto con l'indicazione dei presupposti applicativi della norma e delle ragioni di convenienza della stazione appaltante. Tale sufficienza di motivazione trova il suo fondamento, secondo l'indicata dottrina, nella Comunicazione interpretativa della Commissione, Europea, contenuta nella gazzetta ufficiale dell'Unione Europea, 1° agosto 2006, (c/179, sottoparagrafo 1.3.). L'autore suggestivamente afferma che: “non occorre dunque che sia garantito il principio della concorrenza per il mercato, quando ricorre il presupposto del modesto importo. Altrimenti, andrebbe pubblicato un bando di gara anche per mille euro di lavori, visto che, a seguire l'indirizzo interpretativo del Consiglio di Stato⁶⁶, dovrebbe allora esserci la giustificazione di un presupposto eccezionale anche per il cottimo fiduciario fino a quarantamila euro!”.

Dunque, si potrebbe sostenere che, in tale ipotesi, la negoziata segue la sua “naturale” procedura, prevista dal comma 40°, dell'articolo 3, del Codice⁶⁷: consultazione con gli operatori economici, prescelti dalla stazione appaltante, e negoziazione, con uno o più di essi, delle condizioni dell'appalto.

- b) **Lavori in economia, di importo pari o superiore a 40.000 euro e fino a 200.000 euro**, (art. 125, Codice). Come noto, l'articolo 125 del Codice si occupa delle procedure di acquisizione in economia, cioè quei particolari strumenti di scelta del contraente, di natura semplificata, correlati ad importi di modesta entità. La disposizione normativa, confermando la pregressa disciplina, stabilisce che le procedure in economia possono essere effettuate attraverso i modelli dell'amministrazione diretta e del cottimo fiduciario.

⁶³ Vespignani A., “Le più recenti modifiche alla disciplina della procedura negoziata negli appalti pubblici di lavori”, in I contratti dello Stato e degli enti pubblici, n. 1/2009, p. 7-8.

⁶⁴ Terzo, rispetto alla negoziata previo bando (art. 56) e senza previo bando (art. 57).

⁶⁵ Bellagamba L., “La procedura negoziata fino a 100.000,00 euro nei lavori: quale motivazione?”, in www.linobellagamba.it, 3/2009.

⁶⁶ La critica è rivolta all'illustrata sentenza Consiglio di Stato, sez. V[^], n. 2.803/2008.

⁶⁷ Art. 3, comma 40°: Le «procedure negoziate» sono le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto. Il cottimo fiduciario costituisce procedura negoziata.

L'amministrazione diretta è caratterizzata dal fatto che manca qualsiasi vincolo contrattuale, in quanto la stazione appaltante opera direttamente attraverso il proprio responsabile del procedimento, il quale agisce in nome dell'amministrazione medesima, ma con la propria e personale responsabilità. Tale modello prevede l'utilizzo di personale interno all'Ente⁶⁸, di materiali e mezzi, appartenenti all'amministrazione o specificamente noleggiati. La stazione appaltante, attraverso il proprio responsabile, assume direttamente tutti i rischi, legati all'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto, diversamente da quanto avviene nell'appalto, ove i rischi ricadono sull'impresa appaltatrice. Di conseguenza, il responsabile del procedimento provvede direttamente all'acquisizione del bene o del servizio od all'esecuzione dei lavori, curando personalmente i rapporti con i soggetti terzi. Il codice detta, al riguardo, poche disposizioni, proprio in considerazione del fatto che non sussiste, in tale modello, alcun affidamento esterno di prestazioni. L'articolo 125, al comma 5°, si limita a stabilire il limite massimo dei soli lavori, che possono essere effettuati in amministrazione diretta: € 50.000,00⁶⁹. Il cottimo fiduciario costituisce, invece, un vero modello di scelta del contraente, assimilabile alla trattativa privata, cioè alle procedure negoziate. La giurisprudenza è ben chiara, in merito a tale punto: "*Nelle procedure negoziate di cottimo fiduciario, ove la lex specialis non imponga una rigorosa separazione fra valutazione tecnica e valutazione economica delle offerte, legittimamente la stazione appaltante, dopo aver annullato in autotutela la prima aggiudicazione, nel rinnovato procedimento limita il riesame alle sole offerte tecniche*"⁷⁰. Per quanto riguarda i lavori, la disciplina del codice può essere così sintetizzata: 1) Limite generale di € 200.000,00; 2) Ogni stazione appaltante deve individuare i lavori eseguibili in economia nell'ambito delle seguenti categorie generali:

- a) manutenzione o riparazione di opere od impianti, quando l'esigenza è rapportata ad eventi imprevedibili e non sia possibile realizzarle con le forme e le procedure ordinarie;
 - b) manutenzione di opere o di impianti di importo non superiore a 100.000 euro;
 - c) interventi non programmabili in materia di sicurezza;
 - d) lavori che non possono essere differiti, dopo l'infruttuoso esperimento delle procedure di gara;
 - e) lavori necessari per la compilazione di progetti;
 - f) completamento di opere o impianti a seguito della risoluzione del contratto o in danno dell'appaltatore inadempiente, quando vi è necessità e urgenza di completare i lavori.
- c) **Servizi o forniture in economia, di importo pari o superiore a ventimila euro e fino ad € 193.000,00** (art. 125, comma 11°). Viceversa, per quanto riguarda i servizi e le forniture, la disciplina del Codice può essere così sintetizzata: - limite generale di € 125.000,00 per le PP.AA. statali e di € 193.000,00 per le PP.AA. non statali; - Ogni stazione appaltante deve individuare, con provvedimento, l'oggetto del servizio-fornitura e le singole voci di spesa, con riguardo alle proprie specifiche esigenze. Il ricorso all'acquisizione in economia è, altresì, consentito nelle seguenti ipotesi:
- a) risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, o in danno del contraente inadempiente, quando ciò sia ritenuto necessario o conveniente per conseguire la prestazione nel termine previsto dal contratto;

⁶⁸ Personale già in servizio o, eventualmente, assunto per l'occasione.

⁶⁹ La modestia dell'importo può essere giustificata dal fatto che il modello si presta ad un congruo utilizzo solo per lavori di piccola entità.

⁷⁰ Tar Toscana, sez. I^a, n. 1.989/2008. Ancora: "*Il cottimo fiduciario non può ricondursi ad una semplice attività negoziale di diritto privato priva di rilevanza pubblicistica. Le regole procedurali anche minime che l'amministrazione si dia per concludere il cottimo fiduciario implicano il rispetto dei principi generali di imparzialità, correttezza, buona fede, logicità coerenza della motivazione ecc. In conseguenza di ciò sussiste la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo*", CdS, sez. VI^a, n. 4.295/2006.

- b) necessità di completare le prestazioni di un contratto in corso, ivi non previste, se non sia possibile imporne l'esecuzione nell'ambito del contratto medesimo;
- c) 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;
- d) urgenza, determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale.

In relazione alla natura giuridica del “**cottimo fiduciario**”, quale procedura negoziata in economia, occorre esaminare la recente e discussa sentenza del Tar Toscana (sez. I^a, 22 dicembre 2009, n. 3.988): *“Il cottimo fiduciario, di cui all'articolo 125 del D.Lgs n. 163/2006, costituisce una procedura negoziata, in cui le acquisizioni avvengono mediante affidamento a terzi (comma 4°), nelle quali l'affidamento avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori” (comma 11°), senza che invece risulti una generale applicabilità delle singole norme del Codice dei contratti pubblici, proprie dell'evidenza pubblica comunitaria. Siamo, quindi, in presenza di una procedura negoziata la quale, pur procedimentalizzata, non richiede, tuttavia, il necessario rispetto dello specifico assetto disciplinare predisposto dal Codice per le procedure aperte e ristrette”*.

Si tratta di un inquadramento del cottimo fiduciario non convincente e, soprattutto, non in linea con la chiara disciplina del Codice.

L'Azienda Regionale Toscana per il diritto allo Studio Universitario indicava una procedura negoziata, per il conferimento dell'appalto del servizio di somministrazione bevande fredde e calde e di prodotti vari, a mezzo di distributori automatici, da installare in varie sedi. Precisamente, la procedura di scelta del contraente prescelta era il “cottimo fiduciario, ai sensi del comma 11°, dell'articolo 125 del Codice, previsto per gli appalti di servizi e forniture, di importo pari o superiore ad € 20.000,00 sino ad € 193.000,00 (la pregressa soglia, fino al 31 dicembre 2009, era di € 206.000,00). Tale procedura prevede la consultazione di almeno cinque operatori economici, attraverso lettera di invito. Il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La selezione veniva vinta dall'impresa S. srl. L'impresa S.G. srl., seconda classificata in graduatoria, impugna l'aggiudicazione, lamentando diverse irregolarità, fra cui due connesse al ruolo ed alla disciplina del prescelto criterio di gara e della commissione di gara in relazione alla peculiare procedura di scelta, costituita dal cottimo fiduciario. Precisamente, l'impresa ricorrente censura:

- a) La violazione dell'articolo 83 del Codice, il quale impone che il bando di gara, in caso di procedura da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, debba prevedere non solo i criteri, ma anche i subcriteri di attribuzione dei punteggi, residuando alla commissione di gara solo la fissazione dei criteri motivazionali, cui si atterrà per l'attribuzione dei punteggi. Nella concreta vicenda, invece, la commissione di gara è andata ben oltre tali limiti, pervenendo a fissare un criterio di attribuzione del punteggio non conforme alla lettera d'invito.
- b) La violazione dell'articolo 84, comma 10°, del Codice, il quale stabilisce che la nomina della commissione, contrariamente a quanto avvenuto in fattispecie, deve essere disposta dopo la scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte.

Come si anticipava, il tribunale amministrativo toscano principia la sua analisi sulla base di corrette premesse, ponendosi l'obiettivo, indubbiamente meritevole, di pervenire all'esatto inquadramento della natura giuridica della procedura di gara prescelta, al fine di individuare la normativa ad essa applicabile.

Orbene, il Tar afferma che il cottimo fiduciario, di cui all'articolo 125 del Codice, costituisce una procedura negoziata, in cui le acquisizioni avvengono mediante affidamento a terzi e nelle quali l'affidamento avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori. Il tribunale amministrativo fedelmente riporta i commi 4° ed 11° dell'articolo 125, evidenziando la corretta equazione cottimo fiduciario = procedura negoziata. Tuttavia, compiuto tale corretto inquadramento iniziale, invero incontestabile, in quanto scolpito, in modo inequivoco, nel comma 4°, il Tar si "lascia andare" ad affermazioni non condivisibili ed anche prive di fondamento. Precisamente, i giudici toscani affermano che:

- a) *"Le censure proposte da parte ricorrente sono formulate come se si fosse in presenza di una procedura di gara ordinaria, sottoposta all'intera disciplina di cui al D.Lgs n. 2006, nella quale si inverte la c.d. evidenza pubblica comunitaria"*.
- b) Il cottimo è una procedura di scelta, si regge dai principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, ma non risulta *"una generale applicabilità delle singole norme del Codice dei contratti pubblici, proprie dell'evidenza pubblica comunitaria"*.
- c) *"Siamo, quindi, in presenza di una procedura negoziata, la quale, pur proceduralizzata, non richiede tuttavia il necessario rispetto dello specifico assetto disciplinare predisposto dal Codice dei contratti pubblici per le procedure aperte e ristrette"*.
- d) *"Ciò è, peraltro, reso evidente dal richiamo al rispetto dei principi, cioè dei contenuti valoristici sostanziali della trasparenza, parità di trattamento etc. senza tuttavia il necessario ossequio di tutti i passaggi procedurali, in cui tali principi si inverano nelle procedure concorsuali ordinarie"*.

Dunque, ad avviso del Tar, il cottimo fiduciario, pur se procedura negoziata, non è assoggettato alla complessiva normativa codicistica; per cui, occorre distinguere talune disposizioni normative sicuramente applicabili, ed altre no, in quanto il cottimo non è una procedura di gara "ordinaria". Di conseguenza, le articolate censure, avanzate dall'impresa ricorrente, non possono essere accolte, in quanto le medesime *"sono formulate, in termini netti, come se si fosse in presenza di una ordinaria procedura di gara, alla quale si applicano in forma integrale le disposizioni del D.Lgs n. 163 del 2006"*. Pertanto, in coerenza con tale sorprendente inquadramento, i giudici toscani, pur acclarando la violazione delle riportate norme (artt. 83 ed 84, comma 10°, del Codice), respingono il ricorso, affermando che le medesime non trovano cittadinanza in sede di cottimo fiduciario.

In merito alle sorprendenti statuizioni del Tar Toscana, si è già espressa attenta dottrina⁷¹, la quale ha avanzato una parziale censura. Precisamente, è stata criticata la decisione del Tar, relativa alla prima censura, cioè la violazione dell'articolo 83, evidenziando che *"i principi naturali dell'offerta economicamente più vantaggiosa si applicano anche alle gare per l'affidamento dei servizi dell'allegato II B al codice dei contratti, e non si vede come i medesimi possano considerarsi inapplicabili a un procedimento sia pure informale"*. Tuttavia, in merito alla seconda censura, cioè il "momento" di nomina della commissione di gara, l'autorevole dottrina ritiene che la regola della "nomina successiva" alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, non è *"né un principio fondamentale dei pubblici appalti, né un principio necessariamente connaturato all'offerta economicamente più vantaggiosa"*. La dottrina conclude che il problema di fondo è rappresentato da un equivoco, cioè *"dalla configurazione del cottimo come procedura negoziata, anche al di fuori dei casi – per*

⁷¹ Bellagamba L., *"Cottimo fiduciario ed offerta economicamente più vantaggiosa; l'equivoco della ricostruzione della figura come procedura negoziata"*, in www.appaltiecontratti.com, 8 gennaio 2010.

servizi e forniture – di cui alle lett. da a) a d) del comma 10 e di cui all’ultimo periodo del comma 11 (importo inferiore a ventimila euro) dell’art. 125 del codice dei contratti. È tutta qui l’origine della questione”.

Orbene, anche sulla scorta delle autorevoli argomentazioni ora riportate, seppur non integralmente convincenti, sia consentito di procedere ad una sconfessione delle statuizioni del Tar.

In primo luogo, occorre principiare da una ragione di ordine sistematico.

Il comma 1° dell’articolo 121, disciplinante i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di importo inferiore alla soglia comunitaria, 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”. Al fine di chiarire il significato dell’importante disposizione normativa, è possibile far ricorso al seguente schema:

- Parte I[^]: Principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall’ambito di applicazione del codice; articoli 1-27;
- Parte II[^]: Contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture nei settori ordinari; articoli 28-205;
- Parte III[^]: Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali; articoli 206-238;
- Parte IV[^]: Contenzioso; articoli 239-246;
- Parte V[^]: Disposizioni di coordinamento finali e transitorie – abrogazioni; articoli 247-257.

Venendo, poi, al merito pieno delle già ricordate disposizioni normative, occorre osservare che come noto, la giurisprudenza, fino all’entrata in vigore del Codice, riconosceva alle commissioni il potere di specificare, ma non di modificare i criteri di massima prefissati in bando di gara⁷². E’ evidente, inoltre, che il potere di specificazione poteva essere esercitato, oltre che in maniera motivata, solo fino a che le buste delle offerte non siano state aperte. Infatti, dopo l’apertura delle buste, contenenti le offerte tecniche, attraverso la specificazione dei criteri, sarebbe stato ben possibile “orientare” in un certo qual modo l’andamento della gara⁷³. Il Codice, all’articolo 83, comma 4°, ha, in un certo senso, ridimensionato il potere di specificazione, prevedendo che la commissione, sempre prima dell’apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali, cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio, tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando. Dunque, la stazione appaltante definisce i criteri di analisi delle offerte ed individua, se necessario, le articolazioni dei criteri medesimi. Viceversa, la commissione, ovviamente prima dell’apertura delle buste, deve prefissare i criteri motivazionali, cui dovrà attenersi. Il terzo decreto correttivo (D.Lgs n. 152/2008; in vigore dal 17 ottobre 2008) ha disposto la modificazione del comma 4° dell’articolo 83. Precisamente, con la riforma, viene implicitamente sancito che ogni criterio o sub-criterio di giudizio deve essere predeterminato a monte, cioè in sede di stesura del bando di gara o della lettera di invito. La commissione di gara non può aggiungere o modificare alcunché, nemmeno determinare i criteri motivazionali. Ora, appare ben chiaro, come ben delineato dalla citata dottrina, che l’indicato divieto di integrazione e di modifica trova applicazione in sede di cottimo fiduciario, anche in ragione del principio di trasparenza, richiamato nel comma 11°, dell’articolo 125, il quale esige una preventiva e non più mutabile fissazione dei criteri di valutazione e dei pesi.

⁷² Ex multis: (CdS, sez. VI[^], n. 370/1999).

⁷³ In tal senso: CdS, sez. V[^], n. 5.966/2002.

Per quanto concerne, invece, il comma 10°, dell'articolo 84 (nomina della commissione dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte), la giurisprudenza si è posta solo il problema se siffatta regola trovasse applicazione anche nel caso in cui, in presenza del criterio del prezzo più basso, la stazione appaltante procedeva egualmente alla nomina della commissione, pur non essendone obbligata. Dopo qualche oscillazione, la giurisprudenza⁷⁴ si è assestata nel ritenere che *“solo all'esercizio della discrezionalità tecnica valutativa propria del sistema della offerta economicamente più vantaggiosa deve ritenersi correlata la prescrizione cautelativa del comma 10 dell'art. 84 cod. contratti in ordine alla costituzione della Commissione dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, non configurandosi tale esigenza per il sistema del "prezzo più basso"”. Fra l'altro, la giurisprudenza più recente⁷⁵ ha statuito che la regola si applica anche al procedimento preordinato all'affidamento di concessioni.*

Dunque, appare chiaro che il cottimo fiduciario, proprio in quanto “procedura negoziata”, è sottoposto in modo tendenziale all'integrale disciplina del Codice, a meno che non vi siano chiare ed esplicite deroghe. Ovviamente, la scelta del Codice di equiparare il cottimo alla negoziata potrà anche non piacere; ma, resta il fatto incontestato che al cottimo, proprio in ragione della sua natura di procedura negoziata, il Codice si applica in modo potenzialmente onnicomprensivo

Inoltre, occorre segnalare le seguenti regole generali, vevoli sia per l'amministrazione diretta che per il cottimo fiduciario:

- L'affidatario di lavori, servizi, forniture in economia deve essere in possesso dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria, prescritti per prestazioni di pari importo, affidate con le ordinarie procedure di scelta del contraente.
- Agli elenchi degli operatori economici, tenuti dalle stazioni appaltanti, possono essere iscritti i soggetti che ne facciano richiesta, che siano in possesso dei previsti requisiti. Gli elenchi sono soggetti ad aggiornamento con cadenza almeno annuale.

- d) **Opere di urbanizzazione a scomputo, di importo sino alla soglia di rilevanza comunitaria** (combinato disposto artt. 32, comma 1°, lettera “g” e 122, comma 8°). Occorre operare la seguente distinzione, dopo le modifiche apportate dal Terzo Decreto correttivo:

SOPRA SOGLIA COMUNITARIA:

- a) Gara, esperita e gestita dal privato – titolare del permesso di costruire, nel rispetto delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici;
- b) Appalto integrato, gestito dal Comune su progetto preliminare presentato dal privato – titolare del permesso di costruire;
- c) Gara, esperita e gestita interamente dal Comune, in conformità al Codice dei contratti pubblici.

SOTTO SOGLIA COMUNITARIA:

- a) Procedura negoziata ad inviti, senza previo bando di gara, esperita e gestita dal privato – titolare del permesso di costruire, ai sensi dell'articolo 57, comma 6°, Codice.
- b) Procedura negoziata ad inviti, senza previo bando di gara, esperita e gestita dal Comune, ai sensi dell'articolo 57, comma 6°, Codice.
- c) Gara, esperita e gestita interamente dal Comune, in conformità al Codice dei contratti pubblici.

⁷⁴ Consiglio di Stato, sez. IV[^], n. 4.613/2008.

⁷⁵ Tar Molise, sez. I[^], n. 651/2009.