

Codice dei contratti pubblici: la trattativa privata negli appalti di servizi e forniture, il rinnovo e gli acquisti in economia nei settori ordinari. Prime notazioni.

di Alessandro Massari

I. La trattativa privata negli appalti di servizi e forniture

I.1. Sia la direttiva 2004/18 che il testo del Codice non apportano profonde innovazioni rispetto al regime previgente.

Viene anzitutto confermata la duplice configurazione della procedura negoziata:

- a) previa pubblicazione bando di gara;
- b) senza preliminare pubblicazione di bando di gara.

All'interno di tali due modelli procedimentali viene altresì riproposta, con alcune novità, la classica casistica già prevista nelle direttive precedentemente emanate.

Va subito evidenziato che le fattispecie nelle quali si ammette il ricorso alla procedura negoziata valgono per tutti gli appalti di servizi e forniture, sia sopra che sotto la soglia di rilievo comunitario. Viene così sostituita la casistica tradizionale dell'art. 41 R.D. 827/1924, la quale si presentava tra l'altro di minore estensione (non si prevedevano espressamente le forniture ed i servizi complementari, né la ripetizione dei servizi analoghi) e altresì lacunosa rispetto alla più puntuale formulazione delle corrispondenti fattispecie comunitarie (ad esempio, per ciò che concerne i presupposti dell'urgenza).

Nella fascia sotto soglia il Codice non si è invece allineato alla tendenza, seguita dalla legislazione regionale più recente (in parte già in vigore ed in parte *in fieri*), volta a legittimare, nell'ambito di servizi e forniture, la trattativa privata per il solo importo, a prescindere dalla sussistenza di ulteriori speciali circostanze (urgenza, unicità del prestatore, esito infruttuoso della gara, ecc.).

L'art 4 della Legge Regionale Friuli Venezia Giulia 30/4/2003 n. 12, ammette tra l'altro la procedura negoziata "per i servizi e per le forniture di beni il cui valore stimato sia di importo non inferiore a 20.001 euro e non superiore a 200.000 euro al netto dell'IVA, previo esperimento di gara ufficiosa tra un numero di imprese non inferiori a cinque. Per i servizi e le forniture di beni il cui valore stimato sia di importo inferiore a 20.000 euro al netto di IVA, si prescinde dall'esperimento della gara ufficiosa".

Il disegno di legge della Regione Sardegna ("Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, in attuazione della direttiva comunitaria n. 2004/18/CE del 31.3.2004 e disposizioni per la disciplina delle fasi del ciclo dell'appalto", approvato con deliberazione della Giunta Regionale n.3/19 del 24.1.2006) prevede al comma 4 dell'art.38 che la procedura negoziata senza la pubblicazione di un bando "può essere utilizzata per l'affidamento di servizi e forniture di importo non superiore ad € 130.000; alla gara dovranno essere invitati non meno di dieci concorrenti, se sussistono in tal numero operatori economici in possesso dei necessari requisiti".

Il disegno di legge della Regione Lombardia ("Disciplina degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture in attuazione della Direttiva Comunitaria 2004/18/CE del 31 marzo 2004") prevede analogamente all'art.23 che "E' consentito provvedere, secondo gli usi del commercio, all'acquisizione di servizi e forniture di importo massimo pari a 130.000 euro al netto dell'IVA. La procedura di cui al comma 1 comporta la richiesta di almeno tre preventivi qualora l'importo della spesa non superi l'ammontare di 50.000 euro al netto dell'IVA, e di almeno cinque preventivi qualora l'importo della spesa sia compreso tra 50.000 e 130.000 euro al netto dell'IVA...);

Pertanto, la trattativa privata – procedura negoziata, nell'ambito degli appalti di servizi e forniture, rimane tuttora legittimata solo dalle speciali circostanze come tipizzate dagli artt. 56 e 57 del Codice. Nel solo settore dei lavori pubblici è invece stata riproposta la fattispecie della trattativa privata per importo fino a 100.000 Euro. L'affidamento di servizi e forniture di importo fino alla soglia comunitaria può inoltre avvenire, nell'ambito però di tipologie predeterminate, col diverso

sistema dell'economia, il quale, benché presenti natura giuridica e presupposti di ammissibilità diversi rispetto alla trattativa privata, presenta affinità con la procedura negoziata sotto il profilo squisitamente procedimentale. E' a tale sistema dunque che si deve ricorrere per legittimare l'affidamento di determinate forniture e servizi per il solo modesto importo (amplius par. III).

I.2 L'art. 56 del Codice disciplina le ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara, recependo fedelmente l'art. 30 della direttiva 2004/18, il quale non innova significativamente rispetto all'assetto normativo delle precedenti direttive. Si riportano di seguito le fattispecie applicabili agli appalti di servizi e forniture:

- quando, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate sono irregolari ovvero inaccettabili, in relazione a quanto disposto dal 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;
- in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori, servizi, forniture, la cui natura o i cui imprevisti 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, 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;

Nuova è invece la previsione della direttiva, fedelmente recepita nel Codice ai commi 2 e 3, che va ad accentuare la procedimentalizzazione della trattativa privata su bando, bilanciando la discrezionalità insita nella struttura della procedura negoziata, ma salvaguardando al contempo le esigenze di flessibilità proprie della fase di negoziazione e la possibilità di una rimodulazione dinamica delle offerte in relazione alle concrete esigenze dell'amministrazione: "2. .. le stazioni appaltanti negoziano con gli offerenti le offerte presentate, per adeguarle alle esigenze indicate nel bando di gara, nel capitolato d'onere e negli eventuali documenti complementari, e per individuare l'offerta migliore con i criteri di selezione di cui agli articoli 82 e 83. 3. Nel corso della negoziazione le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento tra tutti gli offerenti, e non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri. 4. Le stazioni appaltanti possono prevedere che la procedura negoziata si svolga in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare applicando i criteri di aggiudicazione indicati nel bando di gara o nel capitolato d'onere. Il ricorso a tale facoltà è indicato nel bando di gara o nel capitolato d'onere".

Le disposizioni appena richiamate, per la loro generale portata, vanno osservate, al di fuori delle ipotesi di trattativa diretta oggettivamente necessitata (unicità del prestatore, urgenza, servizi e forniture complementari, ripetizione di servizi analoghi), anche nella procedura negoziata senza bando (*infra*).

Tali disposizioni appaiono inoltre allineate alla più recente giurisprudenza tesa a salvaguardare, anche all'interno delle procedure informali l'operatività dei principi di par condicio (c.d. tutela *ab interno*). Ad esempio, anche nel contesto di una trattativa privata mediante interpello plurimo si è infatti affermato che "Illegittimamente la negoziazione si svolge con modalità tali da consentire all'ultimo chiamato di proporre il migliore ribasso definitivo, conoscendo ed usando come parametro di riferimento quelli degli altri, che viceversa non hanno avuto la possibilità di

migliorare ulteriormente il loro ultimo ribasso” (Tar Emilia Romagna Bologna - sez.I - 21/9/2005 n. 1533).

Parimenti espressione di principi generali di imparzialità e trasparenza, e di orientamenti giurisprudenziali consolidati, risultano alcune disposizioni sul dialogo competitivo, che, a parere di chi scrive, dovrebbero trovare applicazione anche nelle procedure in parola, in particolare nella fase di “negoziazione” con i soggetti interpellati o di “rinegoziazione” con il migliore offerente, la quale deve comunque rispettare i fondamentali principi di par condicio:

“Su richiesta delle stazioni appaltanti le offerte possono essere chiarite, precisate e perfezionate. Tuttavia tali precisazioni, chiarimenti, perfezionamenti o complementi non possono avere l’effetto di modificare gli elementi fondamentali dell’offerta o dell’appalto quale posto in gara la cui variazione rischi di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio” (art. 58, c.14).

“L’offerente che risulta aver presentato l’offerta economicamente più vantaggiosa può essere invitato a precisare gli aspetti della sua offerta o a confermare gli impegni in essa figuranti, a condizione che ciò non abbia l’effetto di modificare elementi fondamentali dell’offerta o dell’appalto quale posto in gara, falsare la concorrenza o comportare discriminazioni” (art.58, c.16).

La disciplina della procedura negoziata con pubblicazione di bando si completa con altre disposizioni presenti nel Codice.

Anzitutto con le norme di cui all’art. 62, relative all’istituto della forcilla ed al numero minimo di candidati da invitare. Si prevede infatti che *“1... le stazioni appaltanti, quando lo richieda la difficoltà o la complessità ... della fornitura o del servizio, possono limitare il numero di candidati idonei che inviteranno a presentare un’offerta, a negoziare, ... purché vi sia un numero sufficiente di candidati idonei. Quando si avvalgono di tale facoltà, le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara i criteri, oggettivi, non discriminatori, pertinenti all’oggetto del contratto, che intendono applicare, il numero minimo dei candidati che intendono invitare, e, ove lo ritengano opportuno, il numero massimo. 2. Nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara ... il numero minimo di candidati non può essere inferiore a sei, se sussistono in tale numero soggetti qualificati. 3. In ogni caso il numero di candidati invitati deve essere sufficiente ad assicurare una effettiva concorrenza. 4. Le stazioni appaltanti invitano un numero di candidati almeno pari al numero minimo prestabilito nel bando, non inferiore comunque a quello di cui al comma 2”.*

Come si dà conto nella relazione illustrativa “Viene recepito l’art. 44, direttiva 18/2004, che fissa il numero minimo dei candidati da invitare nelle procedure ristrette e negoziate, e impone alle amministrazioni aggiudicatrici di fissare criteri selettivi oggettivi, per la selezione dei candidati da invitare. Rispetto alla previsione comunitaria, si specifica che i criteri selettivi devono essere pertinenti all’oggetto del contratto. Viene prevista per le amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di fissare anche un numero massimo di candidati da invitare (c.d. forcilla).

Considerata la situazione del mercato italiano dei pubblici appalti, connotato dalla esistenza di molteplici imprese e dunque di gare <<affollate>> può essere opportuno fissare un numero minimo di imprese da invitare superiore a quello previsto dal diritto comunitario (dieci e sei, rispettivamente per le procedure ristrette e negoziate, rispetto ai cinque e tre della direttiva)”.

Il Codice fa inoltre chiarezza sulla questione circa l’integrabilità da parte della stazione appaltante dell’elenco dei soggetti invitati con altri operatori che non avevano inizialmente richiesto di partecipare alla procedura, escludendo tale possibilità: *“5. Le stazioni appaltanti non possono invitare operatori economici che non hanno chiesto di partecipare, o candidati che non hanno i requisiti richiesti”.*

Se il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione e i livelli minimi è inferiore al numero minimo, il comma 6 dell'art. 62 stabilisce che le stazioni appaltanti possono proseguire la procedura invitando il candidato o i candidati in possesso delle capacità richieste, salvo quanto dispongono l'articolo 55, comma 4, (*"Il bando di gara può prevedere che non si procederà ad aggiudicazione nel caso di una sola offerta valida, ovvero nel caso di due sole offerte valide, che non verranno valutate"*) e l'articolo 81, comma 3 (*"Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto"*).

Infine, il comma 7 prevede che le stazioni appaltanti, quando ricorrono alla facoltà di ridurre il numero delle soluzioni da discutere o di offerte da negoziare, *"...effettuano tale riduzione applicando i criteri di aggiudicazione indicati nel bando di gara, nel capitolato d'oneri e nel documento descrittivo. Nella fase finale, tale numero deve consentire di garantire una concorrenza effettiva, purché vi sia un numero sufficiente di soluzioni o di candidati idonei"*.

Ulteriore completamento della disciplina della procedura negoziata su bando si individua poi nel regime relativo al contenuto e alla pubblicazione del bando (artt. 63 - 66, per gli appalti di rilievo comunitario; art. 124, commi 2-5, per quelli sotto soglia), al contenuto della lettera di invito (art. 67) ed in quello dei termini, rispettivamente per la presentazione delle domande di partecipazione e per la presentazione delle offerte (artt. 70, 71 e 72 per gli appalti di rilievo comunitario, art. 124, c.6, per quelli sotto soglia).

I.3. L'art. 57 del Codice individua i casi nei quali è possibile aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, recependo integralmente l'art.31 della direttiva 2004/18:

- qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. 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.
- 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;
- 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. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti.

Nei contratti pubblici relativi a forniture, si ammette inoltre la trattativa diretta:

- 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;
- 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;

Da segnalare l'introduzione di nuove fattispecie per l'affidamento di forniture, mutate dalla disciplina sui settori speciali (art. 13, c.1, lett. h) ed m) dlgs. 158/1995):

- per forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime;
- per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato preventivo, di un'amministrazione controllata, di una liquidazione coatta amministrativa, di un'amministrazione straordinaria di grandi imprese

Nei contratti pubblici relativi a servizi la procedura è inoltre consentita:

- 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.
- per servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione 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:
 - 1) tali 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;
 - 2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale;
- per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, 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.

Nuova è anche la previsione del comma 6 – riproduttiva dell'art. 24, comma 3, l. n. 109 del 1994, e, parzialmente, l'art. 78, D.P.R. n. 554 del 1999 – che introduce, come si legge nella relazione illustrativa “un minimo di garanzie procedurali anche nella trattativa privata senza bando”: *“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”*.

Viene così estesa anche all'affidamento di servizi e forniture il modello della gara ufficiosa prevista dalla disciplina della trattativa privata nei lavori pubblici, prevedendo altresì il numero minimo dei soggetti da invitare (pari a tre). Ci si potrebbe chiedere tuttavia se il modello procedimentale previsto dalla ridetta norma configuri un'autentica gara ufficiosa ovvero una semplice indagine di mercato. La norma non pare offrire elementi univoci per una netta qualificazione in un senso o nell'altro: da un lato, si fa riferimento ad una “consultazione” di operatori economici, dunque ad un'ipotesi assimilabile all'interpello-sondaggio esplorativo tipici dell'indagine di mercato; dall'altro paiono però prevalere elementi propri della gara ufficiosa (lettera di invito sufficientemente

puntuale, necessaria predeterminazione del criterio di selezione dell'offerta, contestualità dell'invito).

La distinzione assume rilevanza soprattutto alla luce della recente e prevalente giurisprudenza.

“Dalla trattativa privata vera e propria va distinta la c.d., e ben diversa, indagine di mercato, che costituisce una mera consultazione informale del mercato stesso, finalizzata non già alla ricerca del contraente ma del soggetto con cui intavolare la susseguente trattativa privata: procedura che, per sua natura, non soggiace ai vincoli che irrigidiscono l'azione amministrativa in uno schema concorsuale in senso stretto” (Tar Veneto, sez. I 4/11/2002 n. 6199).

“Come è stato rilevato in giurisprudenza (v. Cons. Stato, Sez. VI, 29 marzo 2001 n. 1881), la trattativa privata è uno strumento di negoziazione che può svolgersi a mezzo di un mero sondaggio di mercato oppure ricorrendo ad una gara ufficiosa: il primo è preordinato esclusivamente a conoscere l'assetto del mercato, e cioè quali sono i potenziali offerenti e il tipo di condizioni contrattuali che essi sono disposti a praticare, senza alcun vincolo in ordine alla scelta finale; la seconda, invece, oltre ad essere strumento di conoscenza, implica anche una valutazione comparativa delle offerte, e di per sé comporta che, indipendentemente dalle eventuali regole stabilite in via di autolimitazione all'atto delle diramazione delle "lettere invito", l'Amministrazione sia comunque tenuta al rispetto dei principi insiti nel concetto stesso di gara, vale a dire quelli di trasparenza e par condicio. Ove, quindi, l'Amministrazione non abbia indetto una gara ufficiosa ed abbia invece fatto ricorso ad una indagine di mercato - che costituisce una mera consultazione informale del mercato, finalizzata non già alla ricerca del contraente ma di colui con cui intavolare la susseguente negoziazione, resta tuttora valido il principio per cui il soggetto escluso non è portatore di un interesse che lo legittimi al ricorso, attesa la sostanziale libertà di autodeterminazione di cui gode l'ente appaltante e la riconducibilità delle relative scelte alla sua sfera di autonomia privata (v. Cons. Stato, Sez. V, 26 marzo 2001 n. 1724), a meno che non intenda quegli far valere, in veste di imprenditore del settore, l'eventuale indebito impiego della trattativa privata in luogo delle procedure di evidenza pubblica, e cioè l'illegittimità della determinazione amministrativa recante l'opzione per un metodo di contrattazione che l'ordinamento riserva a casi eccezionali, ipotesi che dà titolo ad adire il giudice amministrativo a tutela dell'interesse strumentale alla celebrazione di una gara cui si abbia finalmente facoltà di accesso (v., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2003 n. 2580)” (Tar Emilia Romagna – Parma – sentenza 26/1/2005 n. 31).

“Quando l'Amministrazione, per la scelta di un appaltatore, effettui un invito plurimo alla presentazione di offerte, del quale le imprese invitate vengono poste reciprocamente a conoscenza, si è in presenza di una gara e l'Amministrazione indicente è tenuta al rispetto delle regole e dei principi generali in materia di procedure concorsuali, e segnatamente al rispetto delle regole di valutazione prefissate, della contestualità della presentazione delle offerte, della pubblicità dell'apertura delle medesime, nonché dei canoni di logicità ed imparzialità dell'agire amministrativo e di parità di condizioni tra i concorrenti, di tal che non è sufficiente la denominazione di trattativa privata attribuita ad una gara perché l'Amministrazione si possa sottrarre all'osservanza delle regole sulle gare stesse” (Consiglio di Stato, sez. IV, 27 marzo 2002, n. 1726; id., sez. V, 20 agosto 1996, n. 937; TAR Piemonte, sez. II, 5 novembre 2001, n. 2031).

E, ancora, sotto lo specifico profilo dell'obbligo di procedere all'apertura delle offerte in seduta pubblica: *“Si manifesta irrilevante l'argomentazione per cui, trattandosi di una trattativa privata, non è assolutamente necessario che le operazioni di apertura delle offerte si svolgano in seduta pubblica; infatti, ci si trova pur sempre nell'ambito di un procedimento di evidenza pubblica di scelta del contraente rispetto al quale non possono ritenersi estranee le esigenze di trasparenza e*

par condicio Inoltre, il principio di pubblicità delle sedute trova immediata applicazione indipendentemente da una sua espressa previsione nell'ambito della *lex specialis* di gara, atteso che costituisce una regola generale riconducibile direttamente ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., trovando di conseguenza immediata e piena cittadinanza in quella azione amministrativa specificamente volta alla scelta del miglior contraente” (TAR Lombardia, Milano, 26/7/2004 n. 3179). (amplius, cfr. A. Massari, [Sistemi alternativi all'appalto ad evidenza pubblica](#), Maggioli, III ed., 2005)

Si rammenta, infine, che relativamente agli appalti “esclusi” dall’ambito di applicazione del Codice (artt. 16 – 26), tra i quali si evidenziano gli appalti di servizi di cui all’allegato II B (servizi di ristorazione, servizi sociali e sanitari, servizi relativi all’istruzione, servizi culturali, ricreativi e sportivi, servizi legali, ecc.), l’art. 27 stabilisce i principi che devono comunque applicarsi:

“1. 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”.

“Viene fissata una norma generale di chiusura, che impone il rispetto di un nucleo minimo di regole concorrenziali e di buon andamento dell’amministrazione anche nell’affidamento dei contratti esclusi. Tale norma si impone perché secondo l’orientamento degli organi comunitari, che emerge anche dal 9° considerando della direttiva 2004/17, anche ai contratti sotto soglia, o esclusi dall’ambito delle direttive 2004/18 e 2004/17, si applicano comunque le norme e i principi del Trattato istitutivo della Comunità europea” (in questi termini la relazione illustrativa dell’art. 27).

II. Il rinnovo dei contratti

L’art. 57 del Codice, dedicato alle fattispecie in cui è ammessa la trattativa privata senza pubblicazione di bando, prevede al settimo ed ultimo comma: “7. *E’ in ogni caso vietato il rinnovo tacito dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi, lavori, e i contratti rinnovati tacitamente sono nulli*”.

Come si legge nella relazione illustrativa “*Il comma 7 riproduce l’art. 6, comma 2, l. 24 dicembre 1993, n. 537, estendendolo ai lavori, che introduce il divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di forniture, servizi. Tale rinnovo tacito è una forma di trattativa privata che esula dalle ipotesi consentite dal diritto comunitario. Il citato art. 6, comma 2, ha formato anche oggetto di intervento abrogativo parziale ad opera dell’art. 23, l. n. 62 del 2005*”.

Il divieto viene pertanto previsto solo per l’ipotesi di rinnovo tacito, mentre analoga restrizione non viene contemplata per altre forme di rinnovo o di negozi giuridici ripetitivi.

La norma anzidetta pare dunque costituire un ulteriore supporto alla tesi della rinnovabilità dei contratti, alla condizione che il rinnovo sia comunque conforme ai principi comunitari di trasparenza e concorrenza, e dunque programmato ed evidenziato *ex ante* negli atti di gara, sia per informare la concorrenza dello sviluppo potenziale ulteriore del rapporto contrattuale, sia al fine di verificare l’importo complessivo dell’appalto e l’eventuale superamento delle soglie comunitarie (sia consentito rimandare ai miei contributi pubblicati su questa Rivista: [“Il rinnovo e la prosecuzione dei rapporti contrattuali della P.A. conformi al diritto comunitario”](#) e [“L’ammissibilità del rinnovo “trasparente” dopo la legge comunitaria 2004: la conferma della giurisprudenza”](#)).

III. Gli acquisti in economia di beni e servizi

Al punto 4.2. della relazione illustrativa al Codice, si legge che <<Per gli appalti di servizi e forniture va considerato che, da un lato, la soglia di rilevanza comunitaria è piuttosto bassa, e che, dall'altro lato, per molti servizi e forniture le amministrazioni non contrattano direttamente con gli operatori economici, ma si avvalgono degli appalti stipulati dalla CONSIP (la CONSIP può essere qualificata, alla stregua delle direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18, una centrale di committenza). *Inoltre il diritto vigente consente l'affidamento in economia di servizi e forniture fino alla soglia più bassa di servizi e forniture di rilevanza comunitaria.* Fatte tali premesse, per tutti gli appalti di servizi e forniture sotto soglia si ipotizza di:

- fissare un regime di pubblicità semplificata;
- fissare termini ridotti rispetto a quelli comunitari;
- *consentire servizi e forniture in economia fino alla soglia di rilevanza comunitaria;*
- prevedere un regime semplificato di qualificazione>>.

Parimenti, nella relazione all'art. 124 ("Appalti di servizi e forniture sotto soglia") si ribadisce che "*... strumento giuridico flessibile è l'utilizzabilità dell'affidamento in economia di servizi e forniture...*"

Il ricorso al sistema in economia per l'acquisizione di beni e servizi viene pertanto concepito come importante strumento di semplificazione per la gestione dell'attività contrattuale sotto soglia comunitaria.

Sul rapporto tra trattativa privata e acquisizioni in economia a cottimo, la Corte dei Conti ha di recente ribadito le analogie (in entrambi i casi si tratta di procedure negoziate) e le differenze tra i due istituti (diversi presupposti di ammissibilità): "*In effetti, la procedura in economia, nella forma del cottimo fiduciario, non presenta sostanziali differenze rispetto alla trattativa privata (a parte i diversi presupposti, che per la prima fondano non tanto sull'eccezionalità e/o urgenza della spesa, quanto piuttosto su di una valutazione di convenienza dell'Amministrazione, basata sulla natura o entità della stessa)*", e, ancora, la procedura in economia "*prevede formalità ridotte –equiparabili sostanzialmente, nel caso del cottimo fiduciario, a quelle della trattativa privata– senza però richiederne necessariamente i presupposti fattuali di necessità ed urgenza*". (Corte Conti - Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato - Deliberazione 20/9/2005 n. 21: "*Relazione sul risultato dell'indagine eseguita sulla gestione delle spese in economia per beni e servizi delle Amministrazioni dello Stato*").

La disciplina dei servizi e forniture in economia viene contemplata all'art. 125 del Codice, che detta una disciplina quadro, mutuata peraltro dal DPR 554/1999 per i lavori e dal DPR 382/2001 per le forniture ed i servizi, rinviando per i dettagli al futuro regolamento.

Tuttavia, come stabilito dall'art. 253 ("Norme transitorie"): "*22. In relazione all'articolo 125 (lavori, servizi, forniture in economia) fino alla entrata in vigore del regolamento: (...) le forniture e i servizi in economia sono disciplinati dal decreto del Presidente della Repubblica 20 agosto 2001, n. 384, nei limiti di compatibilità con le disposizioni del presente codice. Restano altresì in vigore, fino al loro aggiornamento, i provvedimenti emessi dalle singole amministrazioni aggiudicatrici in esecuzione dell'articolo 2 del citato decreto del Presidente della Repubblica n. 384 del 2001*".

Pertanto, nelle more dell'entrata in vigore del regolamento esecutivo ed attuativo del Codice, come ribadito nella relazione illustrativa all' art.125 "*sono confermate le discipline regolamentari già in*

vigore, nei limiti della compatibilità". Può peraltro ritenersi che la fissazione della soglia di ammissibilità del ricorso all'economia, coincidente con quella comunitaria (infra), spingerà molte amministrazioni ad innalzare i più modesti importi generalmente previsti nei propri regolamenti interni, conseguendo un significativo effetto semplificatorio per tutta l'attività contrattuale infracomunitaria (ciò anche in relazione al parallelo innalzamento della soglia per i lavori in economia da 200.000 a 500.000 Euro).

In generale, i procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia sono disciplinati, oltre che dalla norma quadro dell'art.125 e del futuro regolamento, *"nel rispetto dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal codice"* (comma 14), e dunque dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità; nel rispetto dei principi sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, s.m.i. e, per quanto non espressamente previsto dal Codice, nel rispetto dei principi stabiliti dal codice civile.

Vengono anzitutto confermati i tradizionali due sistemi di acquisizione in economia, in amministrazione diretta e a cottimo fiduciario, le cui definizioni sono anch'esse riprese dall'art. 2 del DPR 384/2001: *"3. Nell'amministrazione diretta le acquisizioni sono effettuate con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio delle stazioni appaltanti, o eventualmente assunto per l'occasione, sotto la direzione del responsabile del procedimento 4. Il cottimo fiduciario è una procedura negoziata in cui le acquisizioni avvengono mediante affidamento a terzi"*.

Si ribadisce inoltre la centralità della figura del responsabile del procedimento tipica del sistema dell'economia: *"2. Per ogni acquisizione in economia le stazioni appaltanti operano attraverso un responsabile del procedimento ai sensi dell'articolo 10"*.

La soglia massima di ammissibilità del ricorso agli acquisiti in economia è fissata in applicazione del criterio già introdotto dal DPR 384/2001, adeguandolo alla nuova soglia comunitaria:

"9. Le forniture e i servizi in economia sono ammessi per importi inferiori a 137.000 per le amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 28, comma 1, lettera a) [autorità governative centrali], e per importi inferiori a 211.000 euro per le stazioni appaltanti di cui all'articolo 28, comma 1, lettera b) [altre amministrazioni diverse da quelle centrali]. Tali soglie sono adeguate in relazione alle modifiche delle soglie previste dall'articolo 28, con lo stesso meccanismo di adeguamento previsto dall'articolo 248".

La norma va coordinata con il disposto di cui al comma 13 che ribadisce il divieto di artificioso frazionamento: *"13. Nessuna prestazione di beni, servizi, lavori, ivi comprese le prestazioni di manutenzione, periodica o non periodica, che non ricade nell'ambito di applicazione del presente articolo, può essere artificialmente frazionata allo scopo di sottoporla alla disciplina delle acquisizioni in economia"*.

Come noto, ulteriore limite strutturale al ricorso dell'economia è dato dalla tipologia dei beni e dei servizi che si possono acquisire mediante tale sistema semplificato. La scelta del Codice è quella di prevedere, conformemente all'assetto del DPR 382/2001, accanto all'elenco delle voci di spesa preventivamente individuate con provvedimento di ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche esigenze, le quattro fattispecie già previste dall'art. 7 dello stesso DPR 382/2001 (c.d. "casi particolari"):

" 10. L'acquisizione in economia di beni e servizi è ammessa in relazione all'oggetto e ai limiti di importo delle singole voci di spesa, preventivamente individuate con provvedimento di ciascuna"

stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche esigenze. 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;

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”.

Rispetto all'elencazione dell'art. 7 del DPR 384/2001, si evidenzia una lieve rimodulazione nella formulazione delle fattispecie. In particolare, nel caso di cui alla lettera c), gli “acquisti di beni e servizi” vengono logicamente riferiti alle sole “prestazioni periodiche”, laddove debba essere assicurata la continuità dell'erogazione nelle more di svolgimento delle procedure di scelta del contraente.

Anche in ordine alle modalità procedurali per l'affidamento dei cottimi si conferma al comma 11 il regime risultante dal DPR 384/2001, e dunque la regola della procedura negoziata tra almeno cinque operatori, salva la possibilità di affidamento diretto per importi inferiori a 20.000 Euro.

Si consente poi espressamente alle amministrazioni, per l'individuazione dei soggetti da invitare alle procedure informali, di istituire albi di operatori, con iscrizione aperta ai soggetti in possesso dei requisiti di qualificazione, e soggetti ad aggiornamento almeno annuale (comma 12).

“11. Per servizi o forniture di importo pari o superiore a ventimila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per servizi o forniture inferiori a ventimila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento”.

Come puntualizzato da recente giurisprudenza l'affidamento diretto è in questo caso legittimato dal solo importo, inferiore a 20.000 Euro, e non sono richieste ulteriori speciali circostanze: “*Il D.P.R. n. 384/2001 non richiede anche eventi imprevedibili ed urgenti nel caso che si tratti di opere o servizi di importo non superiore a 20.000 euro, limitandosi a stabilire l'importo entro il quale la procedura semplificata (trattativa diretta) è consentita*” (Consiglio di Stato – sez. V – sentenza 8.3.2005 n. 954). Evidente che in tale ipotesi debbono osservarsi, a maggior ragione e con maggiore rigore, il principio del divieto di artificioso frazionamento al fine di eludere il limite di soglia, il criterio rotativo nell'affidamento, e la verifica di congruità economica dell'unica offerta acquisita.

Confermato anche il principio della necessaria qualificazione degli operatori economici invitati alle procedure negoziate per l'affidamento dei cottimi, come peraltro già disciplinato dall'art. 78 del DPR 554/1999:

“12. L'affidatario di lavori, servizi, forniture in economia deve essere in possesso dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico – professionale ed economico – finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente. Agli elenchi di operatori economici tenuti dalle stazioni appaltanti possono essere iscritti i soggetti che ne

facciano richiesta, che siano in possesso dei requisiti di cui al periodo precedente. Gli elenchi sono soggetti ad aggiornamento con cadenza almeno annuale”.

Infine, va osservato che la disciplina di cui all'art.125 trova applicazione anche per gli affidamenti in economia di servizi e forniture nei c.d. settori speciali (gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica sotto soglia comunitaria), in relazione al rinvio operato all'anzidetta norma dall'art. 238 a tenore del quale “6. *I lavori, servizi e forniture in economia sono ammessi nei casi previsti dal regolamento dell'amministrazione aggiudicatrice, fino agli importi previsti dall'articolo 125*”. Dunque, anche per i soggetti che operano in tali settori vale il limite di importo di 211.000 Euro e non invece la più elevata soglia per l'applicazione della direttiva 2004/17 fissata in 422.000 Euro.