

CAPITOLO 3



Le procedure contrattuali

SOMMARIO

3.1 La scelta del contraente - *Casi pratici*. - 3.2 Procedura aperta - *Casi pratici*. - 3.3 Procedura ristretta - *Casi pratici*. - 3.4 Procedura negoziata - *Casi pratici*. - 3.5 Procedure di affidamento in economia - *Casi pratici*.

3.1 La scelta del contraente

In ossequio al principio di buon andamento e imparzialità della Pubblica Amministrazione, la scelta del contraente per le pubbliche amministrazioni si articola in una serie di fasi normativamente regolate.

Dall'art. 81 del Trattato CE e dalle direttive comunitarie in materia di appalti discende il principio generale e direttamente applicabile, in forza del quale tutte le concessioni di servizi, inclusi gli appalti sottosoglia e i contratti diversi dagli appalti, tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti, nonché le concessioni di beni pubblici di rilevanza economica, si devono svolgere nel rispetto dei principi fondamentali del trattato, tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza.

Di conseguenza, l'Amministrazione pubblica ha l'obbligo di effettuare una scelta ispirata a criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati (in tal senso *Consiglio di Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168*). Ai sensi dell'art. 54 del D.Lgs. n. 163 del 2006, che ha integralmente recepito l'art. 28 della direttiva 2004/18/CE, per l'individuazione degli operatori economici che possono presentare offerte per l'affidamento di un contratto pubblico, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte, ristrette e negoziate, ovvero il dialogo competitivo. Esse aggiudicano i contratti mediante procedura aperta o mediante procedura ristretta. Alle condizioni specifiche espressamente previste, le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante il dialogo competitivo. Nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previste, le stazioni appaltanti possono affidare i contratti pubblici mediante procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara. Il legislatore ha tipizzato i procedimenti di scelta del contraente adottando il modulo dell'evidenza pubblica, mutuando le norme

del Regolamento di Contabilità generale dello Stato e delle direttive comunitarie che si sono succedute sul tema.

L'evidenza pubblica ha lo scopo di controllare l'iter che porta all'aggiudicazione del contratto. Schematicamente le fasi possono essere così sintetizzate: pubblicazione del bando, accertamento dei requisiti di idoneità dei concorrenti, presentazione delle offerte, aggiudicazione e stipula del contratto.

Pubblicazione del bando Ai sensi dell'art. 11 del D.Lgs. n. 163 del 2006, le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione triennale delle amministrazioni aggiudicatrici, se previsti dal Codice dei Contratti o dalle norme vigenti.

Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.

Accertamento dei requisiti di idoneità dei concorrenti La selezione dei partecipanti avviene mediante uno dei sistemi previsti dal Codice dei Contratti per l'individuazione dei soggetti offerenti, previa verifica del possesso dei requisiti previsti dal Codice e diretti a garantire il buon andamento della pubblica amministrazione.

Presentazione delle offerte Le procedure di affidamento selezionano la migliore offerta, mediante uno dei criteri previsti dal Codice. Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta. L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine.

Aggiudicazione Al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente.

La stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'articolo 12, comma 1, del D.Lgs. n. 163 del 2006, provvede all'aggiudicazione definitiva che non equivale però, ad accettazione dell'offerta. L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 9 dell'art. 11 del D.Lgs. n. 163 del 2006.

L'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti.

Stipula del contratto Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo sugli atti delle procedure di affidamento, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Il D.Lgs. n. 117 del 2007 ha modificato, ampliandone l'operatività, la disposizione

Le procedure contrattuali

dell'art. 11 del Codice dei Contratti, prevedendo che nel caso di servizi e forniture se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione.

Con il D.Lgs. n. 53 del 2010 avente ad oggetto l'attuazione della direttiva comunitaria 2007/66/CE è stata limitata la possibilità di fare ricorso all'esecuzione di urgenza, precludendola:

Le modifiche introdotte dal D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53

- a) durante il termine dilatorio (35 giorni) per la stipula del contratto;
- b) durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10-ter.

Per contro, l'esecuzione d'urgenza è ammessa nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari. Riguardo quest'ultima ipotesi, il Consiglio di Stato in sede di parere consultivo ne aveva chiesto l'eliminazione, esprimendo perplessità circa la compatibilità con il diritto dell'Unione europea. La disposizione è stata però mantenuta, circoscrivendone con maggiore precisione il presupposto di applicabilità, mediante esplicitazione, secondo quanto suggerito da parte delle competenti Commissioni parlamentari, dell'ipotesi di perdita di finanziamenti comunitari come presupposto applicativo della norma. Le norme di attuazione della citata direttiva comunitaria 2007/66/CE hanno ampliato il termine dilatorio per la stipulazione del contratto. L'art. 11, co. 10, del Codice dei Contratti prevedeva già un termine pari a 30 giorni per la stipulazione del contratto, decorrente dalla comunicazione dell'aggiudicazione, nel rispetto delle forme e dei termini dell'art. 79, del Codice. Tuttavia, la suddetta previsione non era del tutto in linea con la direttiva e con la legge delega n. 88 del 2009, posto che si è reso indispensabile omogeneizzare il termine dilatorio per la stipulazione del contratto con il termine di proposizione del ricorso giurisdizionale, per assicurare che al momento della proposizione del ricorso giurisdizionale non fosse ancora scaduto il termine di stipulazione del contratto. La legge delega n. 88/2009 prescrive un termine, per il ricorso giurisdizionale, non superiore a trenta giorni. In considerazione del fatto che la notificazione potrebbe pervenire alla stazione appaltante destinataria dopo il trentesimo giorno e che potrebbero esservi una pluralità di impugnazioni, che pervengono in date diverse si è reso necessario allineare il termine dilatorio di stipulazione del contratto con il termine di impugnazione. Il termine dilatorio per la stipulazione del contratto è stato così fissato in misura adeguatamente più lunga rispetto al termine di proposizione del ricorso giurisdizionale, stimando congruo uno scarto di cinque giorni tra termine dilatorio di stipulazione e termine di ricorso giurisdizionale. Ai sensi della novella legislativa, **il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva** ai sensi dell'articolo 79. Invero, al trentacinquesimo giorno dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, la stazione appaltante può essere ragionevolmente certa che non sono state proposte impugnazioni. In particolare è previsto il termine di 30 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva per la notifica del ricorso giurisdizionale (in luogo del termine ordinario di sessanta giorni) e di ulteriori 5 giorni per il suo deposito (in luogo del termine ordinario di deposi-

to di trenta giorni). Detti termini sono diretti a caratterizzare un iter processuale che consenta nel suo complesso di pervenire in tempi rapidi ad una pronuncia giurisdizionale cautelare e ad una decisione di merito. Il termine di ricorso di 30 giorni, è stato ritenuto non ulteriormente riducibile, in quanto un termine più breve avrebbe potuto produrre l'effetto di comprimere il diritto alla tutela, costituzionalmente garantito. Il termine di 30 giorni per ricorrere in materia di pubblici appalti è stato già ritenuto costituzionalmente legittimo dalla Corte cost. quando fu introdotto nell'ordinamento italiano dal D.L. n. 67/1997 (e poi riportato a 60 giorni dalla L. n. 205/2000). Si segnala che in molti altri Paesi europei il recepimento della direttiva è avvenuto prevedendo un termine di ricorso di 15 giorni.

Casi in cui non si applica il termine dilatorio per la stipula del contratto

Relativamente al ridotto termine di 30 giorni per la proposizione dei ricorsi in materia di pubblici appalti, la delega comunitaria è stata esercitata inserendo il processo speciale sui pubblici appalti all'interno del Codice dei Contratti pubblici. Tuttavia, così come risulta dalla relazione tecnico normativa per il D.Lgs. n. 53/2010, in sede di esercizio della delega per la codificazione del processo amministrativo, le disposizioni processuali sui pubblici appalti potranno essere stralciate dal Codice dei Contratti pubblici per essere inserite nel Codice del processo amministrativo (in tale direzione dà indicazioni anche il parere del Consiglio di Stato reso sullo schema di decreto legislativo in esame). Ai sensi del comma 10bis dell'art. 11 novellato, il termine dilatorio di 35 giorni per la stipulazione del contratto non si applica nei seguenti casi:

- a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del Codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;
- b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 60.

Il comma 10ter, articolo 11 del D.Lgs. 163/2006

In adeguamento al parere del Consiglio di Stato, il co. 10ter dell'art. 11 del D.Lgs. n. 163 del 2006 contiene le disposizioni in materia di prosecuzione del divieto di stipula del contratto in caso di ricorso contro l'aggiudicazione definitiva, contenute, nel precedente schema di decreto legislativo, tra le disposizioni processuali (all'art. 245bis, co. 3). Pertanto, se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato:

- a) dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare;
- b) ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva.

L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa:

- a) quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 245, comma 2quater, primo periodo;
- b) quando il giudice fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il

Le procedure contrattuali

consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

Il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori.

L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante o l'ente aggiudicatore ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste dal regolamento. **Esecuzione del contratto**

Il contratto è stipulato mediante atto pubblico notarile, o mediante forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero mediante scrittura privata, nonché in forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.

Al contratto deve essere allegato il documento di valutazione dei rischi redatto ai sensi dell'art. 7 comma 3 del D.Lgs. n. 626/1994, così come modificato dalla L. n. 123 del 3 agosto 2007 («il datore di lavoro committente promuove la cooperazione ed il coordinamento di cui al comma 2, elaborando un unico documento di valutazione dei rischi che indichi le misure adottate per eliminare le interferenze. Tale documento è allegato al contratto di appalto o d'opera. Le disposizioni del presente comma non si applicano ai rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi.

3ter. Ferme restando le disposizioni in materia di sicurezza e salute del lavoro previste dalla disciplina vigente degli appalti pubblici, nei contratti di somministrazione, di appalto e di subappalto, di cui agli articoli 1559, 1655 e 1656 del codice civile, devono essere specificamente indicati i costi relativi alla sicurezza del lavoro. A tali dati possono accedere, su richiesta, il rappresentante dei lavoratori di cui all'articolo 18 e le organizzazioni sindacali dei lavoratori»).

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, con determinazione del 5 marzo 2008, n. 3, è intervenuta in materia chiarendo il **concetto di interferenza**. **Determinazione 5-3-2008, n. 3 dell'Autorità di vigilanza**

Si parla di interferenza nella circostanza in cui si verifica un contatto rischioso tra il personale del committente e quello dell'appaltatore o tra il personale di imprese diverse che operano nella stessa sede aziendale con contratti differenti. Occorre, quindi, mettere in relazione i rischi presenti nei luoghi in cui verrà espletato il servizio o la fornitura con i rischi derivanti dall'esecuzione del contratto. Il DUVRI deve essere redatto solo nei casi in cui esistano interferenze. In esso, dunque, non devono essere riportati i rischi propri dell'attività delle singole imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi, in quanto trattasi di rischi per i quali resta immutato l'obbligo dell'appaltatore di redigere un apposito documento di valutazione e provvedere all'attuazione delle misure necessarie per ridurre o eliminare al minimo tali rischi.

L'Autorità ha suggerito di **considerare interferenti i rischi:**

- derivanti da sovrapposizioni di più attività svolte da operatori di appaltatori diversi;
- immessi nel luogo di lavoro del committente dalle lavorazioni dell'appaltatore;
- esistenti nel luogo di lavoro del committente, ove è previsto che debba operare l'appaltatore, ulteriore rispetto a quelli specifici dell'attività propria dell'appaltatore;
- derivanti da modalità di esecuzione particolari richieste esplicitamente dal committente che comportino pericoli aggiuntivi rispetto a quelli specifici dell'attività appaltata.

Per contro l'Autorità ha ritenuto che sia possibile **escludere preventivamente la predisposizione del DUVRI** e la conseguente stima dei costi della sicurezza per gli appalti sotto elencati:

- a) mera fornitura senza installazione, salvo i casi in cui siano necessarie attività o procedure suscettibili di generare interferenza con la fornitura stessa, come per esempio, la consegna di materiali e prodotti nei luoghi di lavoro o nei cantieri;
- b) servizi per i quali non è prevista l'esecuzione all'interno della stazione appaltante, intendendo per interno tutti i locali, luoghi messi a disposizione dalla stessa per l'espletamento del servizio, anche non sede dei propri uffici;
- c) servizi di natura intellettuale, anche se effettuati presso la stazione appaltante.

Il Documento Unico di Valutazione dei Rischi da Interferenza

Il DUVRI è un documento tecnico dinamico che necessita di essere aggiornato nel caso di situazioni mutate, quali l'intervento di sub appalti o di forniture e posa in opera o nel caso di affidamenti a lavoratori autonomi. Tale documento va allegato al contratto di appalto e

l'appaltatore dovrà espletare le attività ivi previste dirette all'eliminazione dei rischi.

La legge 2 agosto 2008, n. 129, ha altresì stabilito il differimento al 1° gennaio 2009 dell'entrata in vigore delle disposizioni di cui agli articoli 17, comma 1, lettera a), e 28 del D.Lgs. n. 81/2008 (documento di valutazione dei rischi), nonché le altre disposizioni in tema di valutazione dei rischi che ad esse rinviano, ivi comprese le relative disposizioni sanzionatorie (comma 2, articolo 4 del D.L. n. 97/2008, convertito in L. n. 129/2008).

D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163

Art. 11. Fasi delle procedure di affidamento (artt. 16, 17, 19, R.D. n. 2440/1923; art. 109, D.P.R. n. 554/1999; art. 44; comma 3, lettere b) ed e), L. n. 88/2009; artt. 2bis e 2ter, lettera b), direttiva 89/665/CEE e artt. 2bis e 2ter, lettera b), direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE). — 1. Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici, se previsti dal presente codice o dalle norme vigenti.

2. Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.

3. La selezione dei partecipanti avviene mediante uno dei sistemi previsti dal presente codice per l'individuazione dei soggetti offerenti.

4. Le procedure di affidamento selezionano la migliore offerta, mediante uno dei criteri previsti dal presente codice. Al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente.

5. La stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'articolo 12, comma 1, provvede all'aggiudicazione definitiva.

6. Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta. L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine.

7. L'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta. L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 9.

8. L'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti.

9. Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'articolo 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture.

ture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisoriale. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione.

L'esecuzione di urgenza di cui al presente comma non è consentita durante il termine dilatorio di cui al comma 10 e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10ter, salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

10. Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79.

10bis. Il termine dilatorio di cui al comma 10 non si applica nei seguenti casi:

a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;

b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 60.

10-ter. Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 245, comma 2quater, primo periodo, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

11. Il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori.

12. L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante o l'ente aggiudicatore ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste dal regolamento.

13. Il contratto è stipulato mediante atto pubblico notarile, o mediante forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero mediante scrittura privata, nonché in forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.

Art. 12. Controlli sugli atti delle procedure di affidamento (art. 3, co. 1, lett. g), e co. 2, L. n. 20/1994; art. 7, co. 15, L. n. 109/1994). – 1. L'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, l'aggiudicazione si intende approvata.

2. Il contratto stipulato è soggetto all'eventuale approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento del contratto da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, il contratto si intende approvato.

3. L'approvazione del contratto di cui al comma 2 è sottoposta agli eventuali controlli previsti dagli ordinamenti delle amministrazioni aggiudicatrici, degli enti aggiudicatori, o degli altri soggetti aggiudicatori, nel ri-

spetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento del contratto approvato da parte dell'organo di controllo. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine può essere interrotto, per non più di due volte, dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. L'organo di controllo si pronuncia entro trenta giorni dal ricevimento dei chiarimenti. Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, il contratto diventa efficace.

4. Restano ferme le norme vigenti che contemplano controlli sui contratti pubblici al fine di prevenzione di illeciti penali.

Casi pratici

1) *Quali sono i costi per la sicurezza da interferenza?*

Per quantificare i costi della sicurezza da interferenze in analogia agli appalti di lavori, si può fare riferimento in quanto compatibili, alle misure di cui all'art. 7, comma 1, del D.P.R. n. 222 del 2003 inserite nel DUVRI (Documento Unico di Valutazione dei Rischi) e in particolare:

- a) gli apprestamenti come ponteggi, trabattelli ecc.
- b) le misure preventive e protettive dei dispositivi di protezione individuale eventualmente necessari per eliminare o ridurre al minimo i rischi da lavorazioni interferenti;
- c) gli eventuali impianti di terra e di protezione contro le scariche atmosferiche, gli impianti antincendio, gli impianti di evacuazione fumi se non presenti o inadeguati all'esecuzione del contratto presso i locali/luoghi) del datore di lavoro committente;
- d) i mezzi e servizi di protezione collettiva (come segnaletica di sicurezza, avvisatori acustici);
- e) le procedure previste per specifici motivi di sicurezza;
- f) gli eventuali interventi finalizzati alla sicurezza e richiesti per lo sfasamento spaziale o temporale delle lavorazioni interferenti;
- g) le misure di coordinamento relative all'uso comune di apprestamenti, attrezzature, infrastrutture, mezzi e servizi di protezione collettiva.

La stima dei costi dovrà essere congrua, analitica per singole voci, riferita ad elenchi prezzi standard o specializzati, oppure basata su prezziari o listini ufficiali vigenti nell'area interessata, o sull'elenco prezzi delle misure del committente; nel caso in cui un elenco prezzi non sia applicabile o non sia disponibile, la stima dovrà essere effettuata con riferimento a un'analisi dei costi dettagliata e desunta da indagini di mercato (*Determinazione dell'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, 5 marzo 2008, n. 3*).

2) *L'appaltatore può presentare proposte integrative al DUVRI?*

Sì. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha evidenziato l'opportunità di inserire nei capitolati d'oneri un'apposita dicitura la quale indichi che il committente ha redatto o non ha redatto il DUVRI e che tale documento potrà essere aggiornato dallo stesso committente, anche su proposta dell'esecutore del contratto, in caso di modifiche di carattere tecnico, logistico o organizzativo incidenti sulle modalità realizzative. Tale documento potrà essere integrato su proposta dell'aggiudicatario da formularsi entro 30 giorni dall'aggiudicazione e a seguito della valutazione del committente.

3) *La redazione del DUVRI esonera l'impresa partecipante dall'obbligo di elaborare il proprio documento di valutazione dei rischi?*

No. La circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale del 14 novembre 2007, n. 24, ha precisato che per tutti gli altri rischi non riferibili alle interferenze resta immutato l'obbligo per ciascuna impresa di elaborare il proprio documento di valutazione dei rischi e di provvedere

Le procedure contrattuali

all'attuazione delle misure di sicurezza necessarie per eliminare o ridurre al minimo i rischi specifici propri dell'attività svolta. Sulla base di queste considerazioni l'Autorità ha stabilito che:

a) per i costi della sicurezza afferenti all'esercizio dell'attività svolta da ciascuna impresa resta immutato l'obbligo per la stessa di elaborare il proprio documento di valutazione e di provvedere all'attuazione delle misure necessarie per eliminare o ridurre al minimo i rischi. I suddetti costi sono a carico dell'impresa;

b) per quanto riguarda i costi della sicurezza necessari per l'eliminazione dei rischi da interferenze, vanno tenuti distinti dall'importo a base d'asta e non sono soggetti a ribasso.

3.2 Procedura aperta

Nella procedura aperta ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta. **La presentazione dell'offerta**

L'assunzione della determinazione dirigenziale di autorizzazione a contrarre dà avvio alla procedura. È attratta alla sfera dei poteri gestionali propri del dirigente la determina a contrarre, con cui questi, sulla base delle sue specifiche competenze tecniche, definisce l'oggetto, la forma e le clausole essenziali del contratto, nonché le modalità di selezione del contraente (ad esempio, con procedura aperta, ristretta, negoziata, con criterio di aggiudicazione del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa). Invero, l'ordinamento degli enti locali risulta aver conferito ai dirigenti non solo la presidenza delle Commissioni di gara, ma ogni responsabilità in tema di procedure di affidamento di appalti, a partire dall'adozione degli atti di gara. D'altronde, soltanto assegnando al medesimo dirigente la gestione unitaria dell'intera procedura di affidamento, dalla fase preparatoria (determina a contrarre) a quella conclusiva (stipulazione del contratto), acquista pieno significato la previsione legislativa di una sua diretta responsabilità, con correlativa esclusione di ogni interferenza dell'organo di governo sull'esercizio dei compiti di amministrazione attiva. In un simile contesto, la determina a contrarre assume, dunque, i connotati propri dell'atto di gestione, rientrando nella competenza del responsabile (dirigente) del procedimento di spesa ed attuativo della deliberazione della Giunta comunale, espressiva dei poteri di indirizzo e controllo politico-amministrativo (*T.A.R. Campania – Napoli, sez. VIII, 3 febbraio 2010, n. 555*).

Con tale atto si individua, appunto, nella procedura aperta la forma di contrattazione per l'assegnazione della fornitura o per l'acquisizione del servizio, con utilizzo dei parametri di prezzo o qualità della convenzione Consip, come limiti massimi, qualora il bene o il servizio oggetto della gara sia comparabile a quello della convenzione ai sensi dell'art. 26, comma 3, della L. n. 488/1999; in allegato è stato redatto un modello di determinazione di avvio della procedura (si veda la **SCHEDA 4**).

È poi predisposto il bando di gara, compilato in forma articolata per dare piena cognizione delle modalità e dei termini di presentazione dell'offerta, dei criteri di aggiudicazione e dei successivi adempimenti per l'impresa aggiudicataria, sì da fornire, alle imprese concorrenti, le informazioni per partecipare alla gara e tutte le indicazioni per elaborare compiutamente le loro offerte. Il bando, adeguatamente pubblicizzato, deve, pertanto, considerarsi non solo come atto riproduttivo delle indicazioni contenute nella determinazione di autorizzazione, adottata dal **La predisposizione del bando di gara**

dirigente, ma anche come atto con il quale si integra e si completa detta determinazione, con l'indicazione di modalità e notizie quali ad esempio:

- a) il numero di offerte valide che devono essere presentate, affinché la gara sia dichiarata valida;
- b) le modalità di aggiudicazione della gara.

Il bando di gara, ai sensi dell'art. 55 del D.Lgs. n. 163/2006, 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 aperte. Quando il bando non contiene tale previsione, resta comunque ferma la possibilità per le stazioni appaltanti di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. Al fine di assolvere le esigenze di comunicazione, il bando ha un contenuto minimo obbligatorio; si rileva, altresì, che indipendentemente dal puntuale richiamo del bando, talune norme di carattere imperativo trovano immediata applicazione. In tal senso il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, con *sentenza del 16 maggio 2002, n. 16*, ha disposto che in una procedura ad evidenza pubblica, pur in assenza di un'espressa comminatoria contenuta nel bando, l'esclusione di un concorrente può essere ugualmente disposta, allorquando risulti violata una specifica disposizione normativa che assolve a un'infungibile finalità sostanziale (nel caso di specie l'omessa sottoscrizione dell'istanza di partecipazione comporta la violazione dell'art. 38 del D.P.R. n. 445 del 2000). Il bando non può considerarsi l'unica ed esclusiva fonte per la previsione e la disciplina dei requisiti di partecipazione di una gara; non può prescindere dalle fonti esterne quali le norme di legge che devono considerarsi prevalenti o comunque integrative (*Consiglio di Stato, sez. IV, 6 marzo 1998, n. 380*).

Relativamente alla natura del bando di gara, si evidenzia che coesistono due differenti interpretazioni: l'una che riconosce la prevalenza alle caratteristiche del provvedimento amministrativo, l'altra che privilegia l'aspetto negoziale. In tal senso è stato riconosciuto che il bando di gara si esprime nei rapporti esterni come una vera e propria proposta al pubblico. Il partecipante alla gara con il solo fatto di partecipare, accetta lo schema di contratto. La dichiarazione di offerta è diretta a riempire l'elemento in bianco della proposta contrattuale riguardante il prezzo (*Consiglio di Stato, sez. V, 20 settembre 2001, n. 4976*). In allegato è presente un modello di avviso di bando di gara (si veda la **SCHEDA 5**).

D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163

Art. 55. Procedure aperte e ristrette (artt. 3 e 28, direttiva 2004/18; artt. 19, 20, 23, L. n. 109/1994; art. 9, D.Lgs. n. 358/1992; art. 6, D.Lgs. n. 157/1995; art. 76, D.P.R. n. 554/1999). – 1. Il decreto o la determina a contrarre, ai sensi dell'articolo 11, indica se si seguirà una procedura aperta o una procedura ristretta, come definite all'articolo 3.

2. Le stazioni appaltanti utilizzano di preferenza le procedure ristrette quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione, o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

3. Il bando di gara indica il tipo di procedura e l'oggetto del contratto, e fa menzione del decreto o della determina a contrarre.

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 aperte. Quando il bando non contiene tale previsione, resta comunque ferma la disciplina di cui all'articolo 81 comma 3.

5. Nelle procedure aperte gli operatori economici presentano le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara.

6. Nelle procedure ristrette gli operatori economici presentano la richiesta di invito nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara e, successivamente, le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati nella lettera-invito. Alle procedure ristrette, sono invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando, salvo quanto previsto dall'articolo 62 e dall'articolo 177.

Art. 64. Bando di gara (art. 35, parr. 2 e 3, e art. 36.1., direttiva 2004/18; art. 3, D.P.C.M. n. 55/1991; art. 5, co. 2, D.Lgs. n. 358/1992; art. 8, co. 2, D.Lgs. n. 157/1995; art. 80, co. 11, D.P.R. n. 554/1999).

— 1. Le stazioni appaltanti che intendono aggiudicare un appalto pubblico o un accordo quadro mediante procedura aperta, procedura ristretta, procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara, dialogo competitivo, rendono nota tale intenzione con un bando di gara.

2. Le stazioni appaltanti che intendono istituire un sistema dinamico di acquisizione rendono nota tale intenzione mediante un bando di gara.

3. Le stazioni appaltanti che intendono aggiudicare un appalto pubblico basato su un sistema dinamico di acquisizione rendono nota tale intenzione con un bando di gara semplificato.

4. Il bando di gara contiene gli elementi indicati nel presente codice, le informazioni di cui all'allegato IX A e ogni altra informazione ritenuta utile dalla stazione appaltante, secondo il formato dei modelli di formulari adottati dalla Commissione in conformità alla procedura di cui all'articolo 77, paragrafo 2, direttiva 2004/18.

Casi pratici

1) **Gli organismi di diritto pubblico sono tenuti all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica?**

In materia di appalti pubblici, quando si realizza un'opera o si affida un servizio o una fornitura per importi uguali o superiori alla soglia comunitaria, il soggetto che procede all'appalto deve adottare procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente. L'obbligo sussiste sia che l'attribuzione dell'appalto spetti ad un ente pubblico territoriale o ad altro «organismo di diritto pubblico», sia che lo stesso venga effettuato da un privato (*T.A.R. Campania – Napoli, sez. IV, 7 maggio 2008, n. 3550*).

2) **Quali sono i presupposti che legittimano il mancato ricorso alla procedura aperta?**

Il mancato ricorso alla procedura aperta può essere giustificato dalla sussistenza di circostanze eccezionali cui le norme riconducono la deroga. Le norme legislative che permettono l'accesso a procedure negoziate senza bando, in deroga ai principi comunitari che regolano le procedure di evidenza pubblica aperte o ristrette, devono essere interpretate restrittivamente.

L'urgenza che può giustificare l'omissione dei giusti procedimenti di evidenza pubblica (senza con ciò violare i principi di legalità, imparzialità e buon andamento fissati dall'art. 97 della Costituzione) deve avere le caratteristiche dell'assoluta imprevedibilità e della non evitabilità altrimenti dei fatti o delle circostanze che la caratterizzano, solo così potendosi ammettere una tale violazione ai predetti principi costituzionali (*T.A.R. Lazio – Roma, sez. II, 12 maggio 2008, n. 3886*).

3) **È legittimo il provvedimento di esclusione, adottato nei riguardi del concorrente ad una gara mediante procedura aperta, dovuto agli accertamenti effettuati sul casellario informatico dell'Autorità di vigilanza nella fase che intercorre tra l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva?**

Sì, tale provvedimento è legittimo. È irrilevante l'omessa considerazione da parte della stazione appaltante della documentazione presentata dal concorrente dalla quale risulti che dopo la presentazione dell'istanza la Pubblica Amministrazione che aveva dato origine alla segnalazione rinvenuta sul casellario informatico aveva risolto bonariamente il rapporto con l'impresa (*T.A.R. Veneto – Venezia, sez. I, 15 ottobre 2007, n. 3261*).

- 4) Sono legittime con riguardo alle norme sulla **ripartizione delle competenze** tra gli organi del Comune le deliberazioni con le quali la Giunta, in materia di affidamento di un servizio, detta gli indirizzi per la stesura del capitolato stesso stabilendo, tra l'altro, la tipologia della procedura con cui individuare l'aggiudicatario (procedura aperta) e gli aspetti dell'offerta da valorizzare ai fini dell'aggiudicazione?

Sì, le suddette deliberazioni sono legittime: non si ravvisa in ciò né una violazione dell'articolo 42 lettera e) del Testo Unico Enti Locali (D.Lgs. n. 267/2000) riguardante la competenza del Consiglio comunale (che attiene essenzialmente alle linee guida generali in materia di servizi pubblici), né un'invasione nel campo delle attribuzioni dirigenziali, allorché la Giunta comunale si sia limitata a dettare indirizzi operativi all'organo di gestione, vale a dire al dirigente competente, in conformità a ciò che prevede l'art. 107 del T.U. n. 267 cit. (T.A.R. Veneto – Venezia, sez. I, 12 gennaio 2007, n. 82).

- 5) È necessario che gli **atti di una gara bandita da un ente locale siano previamente approvati dal competente organo collegiale o individuale?**

Sì. Gli atti costituenti la *lex specialis* di una gara (bando, capitolato, disciplinare ecc.), bandita da un ente locale, devono essere preventivamente approvati dal competente organo collegiale o individuale, con deliberazione o determinazione, che dimostri che l'ente li ha fatti propri (T.A.R. Friuli Venezia Giulia – Trieste, 17 luglio 2004, n. 412).

- 6) Nel caso in cui l'avviso di gara non preveda alcuna specifica formalità per la manifestazione della volontà di partecipare alla gara è **sufficiente la presentazione dell'offerta?**

Sì. Nel caso in cui l'avviso di gara non preveda alcuna specifica formalità per la manifestazione della volontà di partecipare alla stessa, se non quella della presentazione dell'offerta (incondizionata e conforme all'avviso) a mezzo posta, contenuta in un'apposita busta interna idoneamente sigillata con ceralacca e controfirmata sul lembo di chiusura, da inserirsi in una busta riportante all'esterno una determinata dicitura di identificazione, la volontà di partecipare viene inequivocabilmente dedotta dall'avvenuta presentazione dell'offerta riportante la sopra indicata dicitura all'esterno della busta che la contiene, senza la necessità di ulteriori documenti contenenti la volontà di partecipare all'asta (T.A.R. Lombardia-Brescia, sez. II, 29 giugno 2009, n. 1354).

- 7) Quali sono gli elementi in base ai quali si determina la **misura dell'importo da porre a base della procedura aperta?**

La misura del prezzo da porre a base d'asta non implica una mera scelta di convenienza e opportunità, ma una valutazione alla stregua di cognizioni tecniche: andamento del mercato nel settore di cui trattasi, tecnologie che le ditte devono adoperare nell'espletamento dei servizi oggetto dell'appalto, numero di dipendenti che devono essere impiegati, rapporto qualità-prezzo per ogni servizio (T.A.R. Lazio – Roma, sez. I, 4 maggio 2006, n. 3187 e T.A.R. Sicilia – Catania, sez. II, 9 maggio 2006, n. 716).

In un regime di libera concorrenza non sussiste alcun obbligo, da parte delle stazioni appaltanti, di porre a base d'asta un prezzo remunerativo dell'opera prestata per il servizio o per il lavoro eseguito. È vero che precisi principi economici, oltre che ragioni di contabilità pubblica, imporrebbero alla stazione appaltante di procedere, con esatti criteri di valutazione dei costi, alla determinazione del prezzo da porre a base d'asta, ma l'eventuale erroneità del risultato è vizio interno al procedimento di formazione della volontà del soggetto che indice la gara non sindacabile da terzi. In tali casi, infatti, si verte in una ipotesi di responsabilità contabile che non incardina nel concorrente alcuna situazione tutelabile. Esso, invero, ha solo l'onere di valutare se gli estremi della proposta (tale deve considerarsi il bando di gara) siano tali da rendere, per lui, conveniente la partecipazione alla gara, restando, in ogni caso, libero di non partecipare, qualora tale valutazione dia esito negativo (Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, 10 settembre 2009, n. 85).

Le procedure contrattuali

8) *In sede di **sindacato giurisdizionale** qualora il giudice amministrativo ritenesse che l'importo posto a base d'asta sia stato determinato illegittimamente, può determinare il prezzo congruo?*

No. Nell'ipotesi prospettata il sindacato del giudice amministrativo è limitato ai casi di complessiva inattendibilità delle operazioni e valutazioni tecniche operate dall'amministrazione, alla illogicità manifesta, alla disparità di trattamento, non potendo il giudice che il Tribunale compie giungere alla determinazione del prezzo congruo (T.A.R. Sicilia – Catania, sez. II, 9 maggio 2006, n. 716).

9) *Nei pubblici appalti qual è l'elemento determinante la giurisdizione del giudice amministrativo?*

Nei pubblici appalti l'elemento determinante la giurisdizione del giudice amministrativo è l'attività oggettivamente amministrativa posta in essere per la realizzazione dei fini d'interesse pubblico, mentre irrilevante è la natura pubblica o privata del soggetto appaltante nel caso in cui il bando di gara sia chiaro nello specificare che trattasi di procedura aperta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83, D.Lgs. n. 163 del 2006 (T.A.R. Emilia Romagna – Bologna, sez. I, 10 settembre 2007, n. 1039).

In linea generale, costituisce principio consolidato quello per cui l'articolo 68 del Codice dei Contratti, nel dettare la disciplina relativa alle specifiche tecniche, precisa, al comma 2, che esse devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza (Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, 9 aprile 2008, n. 97).

La *ratio legis* sottesa alla disposizione in commento consiste, dunque, nell'evitare che la definizione delle specifiche tecniche determini un ostacolo alla libera circolazione delle merci, mediante l'imposizione di particolari caratteristiche dei prodotti o dei servizi che implicano un determinato processo produttivo ovvero una determinata provenienza. In tale ottica, il legislatore ha inteso vietare l'inserimento di specifiche tecniche che menzionino una fabbricazione o provenienza determinata, un procedimento particolare ovvero facciano riferimento ad un marchio, un brevetto, un tipo, un'origine o una produzione specifica a meno che ciò non sia giustificato dal fatto che una descrizione sufficientemente precisa non sia possibile e a condizione che tale menzione sia accompagnata dall'espressione "o equivalente" (in tal senso, si è pronunciata l'Autorità nel parere n. 51 del 10 ottobre 2007 e nella determinazione n. 2 del 29 marzo 2007). Analoghe argomentazioni sembrano potersi estendere alle ipotesi in cui la stazione appaltante predisponga il capitolato tecnico indicando l'oggetto della fornitura in modo particolarmente dettagliato, tale da potersi equiparare al riferimento ad un marchio o ad un brevetto o un particolare tipo di prodotto. Anche in tal caso, infatti, si potrebbe determinare un pregiudizio alla partecipazione alla gara per coloro che non sono in grado di fornire un prodotto identico a quello descritto nel capitolato, ma soltanto un prodotto ad esso analogo. Pertanto, la previsione del capitolato tecnico, laddove indica l'oggetto della fornitura in modo particolarmente dettagliato tale da potersi equiparare al riferimento ad un marchio o ad un brevetto o un particolare tipo di prodotto, è illegittima se non accompagnata dalla clausola di equivalenza (Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, 8 ottobre 2009, n. 100).

10) *In sede di **appalto misto di servizi e di fornitura** è possibile definire l'oggetto dell'appalto mediante indicazioni di marchi, brevetti o specifiche origini o produzioni?*

No, non è possibile posto che le suddette indicazioni hanno l'effetto di trasformare un'apparente procedura aperta in una trattativa riservata a determinati fornitori o produttori (T.A.R. Emilia Romagna – Bologna, sez. I, 21 ottobre 2004, n. 3653 confermata da Consiglio Stato, sez. V, 28 novembre 2005, n. 6633).

L'art. 8, comma 6, D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358, che stabilisce che «salvo che non sia giustificato dall'oggetto dell'appalto, è vietata l'introduzione nelle clausole contrattuali di specifiche tecniche che menzionano i prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza o ottenuti con

un particolare procedimento e che hanno l'effetto di favorire o escludere determinati fornitori o prodotti», introduce un principio di non discriminazione e di salvaguardia della *par condicio*, consistente nell'evitare che l'indicazione di caratteristiche tecniche singolari possa, in assenza di specifiche e prevalenti ragioni di pubblico interesse, circoscrivere la scelta del bene oggetto di fornitura riservandosi in un ingiustificato vantaggio o danno per alcune imprese del settore, soprattutto in ipotesi, in cui la scelta del sistema della procedura aperta costituisce conferma di un interesse pubblico alla più ampia partecipazione (T.A.R. Campania – Napoli, sez. I, 18 maggio 2006, n. 4737).

11) Nel caso di *gara d'appalto con procedura aperta* quali sono le conseguenze nell'ipotesi che ci sia discrepanza tra l'importo a base d'asta fissato nel bando e quello stabilito dal capitolato?

La discrasia si risolve nel senso di dare prevalenza all'importo fissato nel bando di gara, sicché è ammissibile un'offerta che non superi il limite ivi previsto (T.A.R. Piemonte – Torino, sez. II, 16 novembre 2001, n. 2120).

12) È legittima la *clausola di un bando di gara in una procedura aperta* che introduce, ai fini della presentazione delle offerte, uno sbarramento correlato al numero di aggiudicazioni nelle aree oggetto dell'appalto, suddivise in lotti?

Sì. In materia di gara di appalto, nel caso di specie, procedura aperta per l'affidamento della gestione del servizio di distribuzione carburanti per aree di servizio autostradali, il principio di massima partecipazione va temperato con altri interessi parimenti generali (e anche essi preordinati alla più efficiente esplicazione della concorrenza), allo scopo di evitare il realizzarsi di forme di concentrazione di mercato o posizioni dominanti. In questo senso, è legittimo il comportamento dell'amministrazione che nella *lex specialis* della gara introduce, ai fini della presentazione delle offerte, uno sbarramento correlato al numero di aggiudicazioni nelle aree oggetto dell'appalto, suddivise in lotti, dato che tale meccanismo non appare vessatorio né illogico, ma ha anzi l'obiettivo di garantire l'accesso al mercato ad un maggior numero di operatori (T.A.R. Trentino Alto Adige – Trento, 31 luglio 2006, n. 257).

13) Quali sono le regole in materia di interpretazione delle clausole del bando di gara?

In tema di affidamento di appalti pubblici, le preminenti esigenze di certezza, connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali che implicano selezione dei partecipanti, nonché la salvaguardia del valore della *par condicio* dei concorrenti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara. Deve essere preclusa qualsiasi esegesi delle stesse non giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato ovvero palesante significati non desumibili dalla loro originaria formulazione (T.A.R. Sicilia-Palermo, sez. III, 3 febbraio 2010, n. 1384).

Il ricorso all'interpretazione presuppone che la disposizione oggetto del contendere sia ambigua o di difficile cognizione. In particolare, le clausole del bando di gara possono essere considerate ambigue se, oggettivamente considerate — in relazione al loro contenuto letterale e alla finalità perseguita e nel confronto con altre prescrizioni procedurali contenute nello stesso bando — effettivamente si prestano a letture diverse e tali da indurre in errore i concorrenti (nel caso di specie, l'impossibilità di dare alla disposizione contestata un significato diverso da quello che discende dalla mera lettura del suo testo preclude il ricorso ad un'interpretazione palesemente preordinata ad assegnargli un contenuto non corrispondente a quello inequivocabilmente dichiarato) (T.A.R. Lazio – Roma, sez. III, 2 febbraio 2010, n. 1376).

14) Sono legittime le clausole del bando di gara in base alle quali i requisiti di partecipazione richiedono la comprovata esperienza nell'amministrazione del servizio in grandi strutture, in funzione delle dimensioni del luogo nel quale il servizio deve essere svolto?

Sì, tali clausole sono legittime. Le rilevanti dimensioni del luogo ove debbono essere svolti i servizi oggetto dell'appalto implicano la necessità di selezionare un contraente dotato di comprovata espe-

Le procedure contrattuali

rienza nell'amministrazione del servizio in grandi strutture. Deve essere ristretto l'accesso dell'affidamento del relativo appalto alle sole imprese capaci, per la specifica esperienza acquisita nel settore, di garantire una corretta gestione della complessa attività organizzativa ed operativa presupposta dalla regolare esecuzione delle prestazioni richieste (*Consiglio Stato, sez. V, 2 febbraio 2010, n. 426*).

15) Quali sono le clausole del bando di gara direttamente e immediatamente impugnabili?

Sussiste un onere di immediata impugnazione del bando di gara in relazione alle clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione nonché nei casi in cui gli adempimenti, imposti all'interessato ai fini della partecipazione, risultino manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale. Ciò che, quindi, risulta decisivo ai fini dell'affermazione dell'esistenza di un onere di tempestiva impugnazione è la sussistenza di una lesione concreta ed attuale della situazione soggettiva dell'interessato, che determina, a sua volta, la sussistenza di un interesse attuale all'impugnazione. In altre parole, ai fini dell'affermazione dell'onere di immediata impugnazione delle clausole che prescrivono requisiti di partecipazione, appare decisivo non soltanto il fatto che esse manifestino immediatamente la loro attitudine lesiva, ma il rilievo che le stesse, essendo legate a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara, risultino esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa e non condizionate dal suo svolgimento e, perciò, in condizione di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara o alla procedura concorsuale. Tali clausole riguardano, in primo luogo, i requisiti soggettivi degli aspiranti partecipanti alla gara, nel senso che attengono direttamente ed immediatamente i soggetti stessi (e non le loro offerte o le ulteriori attività connesse con la partecipazione alla gara), e per tale ragione producono nei loro confronti effetti diretti, identificando immediatamente i soggetti che, in quanto privi dei requisiti richiesti, da tali clausole sono direttamente incisi. Esse fanno riferimento ad una situazione (di norma, una situazione di fatto) che è preesistente rispetto al bando, e totalmente indipendente dalle vicende successive della procedura e dei relativi adempimenti, e non richiede valutazioni o verificazioni particolari (*T.A.R. Lazio – Roma, sez. III, 2 febbraio 2010, n. 1376*).

L'onere di immediata impugnazione del bando sussiste solo per le clausole che comportano la sicura esclusione dalla gara, mentre tutte le altre vanno impuginate insieme con l'aggiudicazione, perché solo in caso di aggiudicazione ad altri sorge l'interesse del concorrente ad impugnare il bando come gli altri atti della procedura. In particolare, l'onere dell'immediata impugnazione del bando sussiste solo quando l'atto di esclusione sia automatico, e derivi dalla mera applicazione di chiarissime clausole del bando, che per loro natura non possano prestarsi ad interpretazioni diverse (*T.A.R. Lazio – Roma, sez. II, 2 febbraio 2010, n. 1411*).

16) Quando sono impugnabili le clausole relative ai criteri di determinazione del miglior offerente?

Le clausole relative ai criteri di determinazione del miglior offerente devono essere necessariamente impuginate con l'atto conclusivo della procedura, potendo in ipotesi dette clausole dimostrarsi favorevoli al concorrente e comportare l'aggiudicazione a lui dell'appalto (*T.A.R. Lazio – Roma, sez. III, 2 febbraio 2010, n. 1376*).

17) È legittima la revoca del bando di gara qualora risulti impossibile confrontare le due offerte presentate?

In caso di gara per l'affidamento di un appalto di fornitura, è legittima la revoca del bando di gara quando la notevole differenza di prezzo riscontrata tra i macchinari offerti dalle due imprese partecipanti, entrambi ritenuti conformi al capitolato di gara, impedisce il confronto tra le due offerte, suggerendo, al contempo, di modulare meglio le richieste della Pubblica Amministrazione, in modo da consentire alla Commissione giudicatrice di operare su elementi qualitativamente omogenei (*T.A.R. Sicilia – Palermo, sez. I, 8 aprile 2008, n. 456*).

18) È esercitabile il potere di autotutela sugli atti di gara qualora sia pendente **un giudizio volto a sindacare la legittimità dell'esclusione di un'impresa?**

Il fatto che l'impresa partecipante sia stata esclusa dalla procedura concorsuale per altre ragioni non può impedire di per sé alla stazione appaltante di riesaminare gli atti di gara e di individuare nuovi motivi di esclusione, anche qualora il provvedimento di esclusione sia *sub iudice*. Invero, in una procedura per l'affidamento di un pubblico appalto, si applicano i generali principi che regolano l'esercizio dell'azione amministrativa, per cui l'amministrazione ha il potere di agire in via di autotutela sugli atti di gara (T.A.R. Sardegna – Cagliari, sez. I, 14 febbraio 2008, n. 190).

19) È legittima la scelta della stazione appaltante che ha bandito una gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di **verifica di elaborati progettuali**, di accorpare i progetti da verificare, elevando in tal modo la soglia di accesso per gli interessati alla partecipazione?

Sì, la normativa vigente vieta la suddivisione degli appalti, al fine di ridurre il valore, per escludere l'applicabilità delle disposizioni imposte dalle direttive europee sulle gare, ma non vieta l'opposta volontà di accorpare diversi interventi, così da accelerare la procedura (T.A.R. Piemonte, sez. I, 27 febbraio 2002, n. 479).

20) In una gara a **procedura aperta non preceduta dalla fase di prequalificazione** è legittima la clausola del bando di gara che preveda l'assegnazione di un punteggio per l'offerta in relazione a voci relative ad elementi che configurino requisiti soggettivi di prequalificazione del concorrente?

No, la clausola non è legittima. In considerazione della netta separazione tra requisiti soggettivi di idoneità ai fini della partecipazione ad una gara e requisiti oggettivi attinenti all'offerta ed all'aggiudicazione, è illegittima la previsione di assegnazione di punteggio in relazione a voci relative ad elementi che configurino requisiti soggettivi di prequalificazione del concorrente quale quello delle esperienze maturate nel triennio anteriore, costituente uno tra i criteri di individuazione della capacità tecnica (T.A.R. Lazio – Roma, sez. III, 11 luglio 2006, n. 5807).

21) È legittima la **prescrizione del bando** laddove richiede che la cauzione sia commisurata in percentuale all'entità dell'offerta presentata da ciascun concorrente, e non già al prezzo base dell'asta?

No. La clausola risulta manifestamente illogica e contraddittoria rispetto alla non conoscibilità dell'ammontare delle offerte sino alla loro apertura. La circostanza che possano essere predisposti assegni circolari intestati all'Amministrazione con importi diversificati su ordine eventualmente dato alla medesima banca da parte dei rispettivi concorrenti risulterebbe, di per sé, violare (prima ancora dell'avvenuta inclusione degli assegni nei rispettivi plichi) l'essenziale segretezza dell'offerta, stante l'agevole riferibilità dell'entità della cauzione all'importo rispettivamente offerto (T.A.R. Veneto – Venezia, sez. I, 15 dicembre 2006, n. 4067).

22) Come si determina l'importo della **cauzione provvisoria** in una procedura aperta?

Negli appalti pubblici, l'importo della cauzione provvisoria va calcolato, percentualmente, assumendo quale base di calcolo il valore complessivo dell'appalto e non solo l'importo mensile a base d'asta (T.A.R. Sicilia – Catania, sez. II, 30 dicembre 2005, n. 2640).

23) In quale fase della procedura di gara può essere previsto un **deposito cauzionale provvisorio**, cui subordinare la partecipazione dei concorrenti alla gara, ai sensi dei Regolamenti di Amministrazione e Contabilità dell'INAIL e dell'INPS?

Nel bando di gara ovvero nella lettera di invito può essere previsto che la partecipazione dei concorrenti alla gara sia subordinata alla costituzione di un deposito cauzionale provvisorio (art. 91 del Regolamento di amministrazione e contabilità dell'INAIL, approvato con delibera del Consiglio di amministrazione n. 409 del 12 ottobre 2006 e s.m.i.; art. 101 del Regolamento di amministra-

Le procedure contrattuali

zione e contabilità dell'INPS, approvato con delibera del Consiglio di amministrazione n. 60 del 9 marzo 2005 e s.m.i.).

24) *In quale **misura** viene fissato il deposito cauzionale provvisorio, secondo i Regolamenti di amministrazione e contabilità dell'INAIL, dell'INPS e dell'INPDAP?*

Il deposito cauzionale provvisorio a garanzia delle offerte presentate, viene fissato nella misura del 2% dell'importo presunto del contratto al netto degli oneri fiscali (art. 92 del Regolamento di amministrazione e contabilità dell'INAIL; art. 101 del Regolamento di amministrazione e contabilità dell'INPS; art. 63 del Regolamento di amministrazione e contabilità dell'INPDAP).

25) *È legittima l'esclusione di un'impresa che non ha prodotto il **certificato dei carichi pendenti** rilasciati dalla Procura presso la Pretura circondariale, richiesto a pena di esclusione dal bando di gara di una procedura aperta?*

No, l'esclusione non è legittima. In materia di aggiudicazione di una gara d'appalto mediante procedura aperta, anche ove il bando di gara lo richieda, la mancata presentazione del certificato dei carichi pendenti rilasciati dalla Procura presso la Pretura Circondariale deve considerarsi irrilevante, siccome inidonea a fornire notizie attestanti cause di esclusione dalla gara, dato che eventuali procedimenti penali sarebbero menzionati nel certificato del casellario giudiziario (T.A.R. Calabria – Catanzaro, sez. I, 3 marzo 2006, n. 244).

26) *È legittima l'esclusione dalla partecipazione ad una procedura aperta per la vendita di un immobile comunale, allorché l'**offerta esclusa non sia contenuta in una busta chiusa** all'interno del plico?*

No. L'esclusione non è legittima in quanto nella procedura in esame, in cui il contratto viene concluso indefettibilmente con chi ha formulato l'offerta più alta, non sussiste alcuna ragione che giustifichi la segretezza delle offerte e va quindi annullata altresì la clausola del bando che la prevede, non giustificata da alcun interesse della Pubblica amministrazione né volta a garantire la *par condicio* (T.A.R. Friuli Venezia Giulia – Trieste, 1 settembre 2005, n. 749).

27) *Si può considerare legittima l'esclusione dell'impresa concorrente per avere presentato la propria **offerta in due distinti plichi**, ma in date comunque utili per il rispetto del termine fissato dal bando, nel caso in cui l'avviso d'asta non contenga una prescrizione inderogabile, sanzionata a pena di esclusione, di inserire la documentazione richiesta alle imprese concorrenti in un unico plico?*

No. L'esclusione nella fattispecie descritta appare illegittima. Invero, il rispetto delle prescrizioni di carattere meramente formale previste dal bando di una gara d'appalto assume una rilevanza inderogabile quando esse siano dirette a garantire la parità tra i concorrenti o siano previste ai fini del proficuo svolgimento della gara stessa, dovendosi altresì considerare che – dato il principio del *favor* per la più ampia partecipazione alle gare pubbliche – le clausole di dubbia interpretazione vanno lette nell'ottica della maggiore estensione (T.A.R. Piemonte – Torino, sez. II, 28 luglio 2005, n. 2632).

28) *È legittima l'esclusione dalla gara dell'impresa che **ha omissa l'indicazione nella busta contenente l'offerta del mittente**?*

No. È illegittima l'esclusione dalla selezione ad una gara ad evidenza pubblica, motivata dalla circostanza, conforme alla previsione del bando, secondo la quale sarebbe stata omissa nella busta contenente l'offerta l'indicazione del mittente e la dicitura specifica relativa alla selezione alla quale si intende partecipare. L'inserimento di clausole che prevedono la sanzione dell'esclusione deve essere giustificato da un particolare interesse pubblico, al fine di evitare un mero formalismo, che finirebbe per pretendere dai concorrenti un comportamento accuratamente diligente per fina-

lità non degne di nota o di rilievo. Di conseguenza le clausole che comminano l'esclusione devono rispondere al canone di ragionevolezza (T.A.R. Sicilia – Catania, sez. II, 12 febbraio 2010, n. 202).

29) Le doglianze relative alle modalità con cui l'amministrazione ha determinato l'oggetto di una procedura aperta possono essere contestate giudizialmente ad aggiudicazione avvenuta?

No. Colui il quale intende dolersi del modo in cui l'amministrazione ha determinato l'oggetto di una procedura aperta deve far valere le sue ragioni attraverso l'immediata impugnazione del bando e non già attendere l'esito della procedura di aggiudicazione (Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2005, n. 270).

30) Quali conseguenze comporta l'inserimento nel bando di gara di clausole illogiche e come può essere inquadrata la responsabilità della Pubblica Amministrazione?

L'inserimento di clausole illogiche nel bando di gara accertato in sede giurisdizionale comporta la responsabilità della Pubblica Amministrazione per illegittima conduzione di una procedura ad evidenza pubblica. Se si ravvisano gli estremi della *culpa in contraendo* di cui agli art. 1337 e 1338 del Codice civile, si deve limitare l'area del pregiudizio risarcibile al solo interesse negativo: composto dalle spese sostenute per partecipare al procedimento ed alla perdita di occasioni di guadagno alternative, con esclusione, quindi, del mancato conseguimento dell'utile ricavato dall'esecuzione dell'appalto. Se, invece, la violazione delle regole che presidono alla corretta conduzione delle procedure ad evidenza pubblica viene ascritta allo schema astratto dell'illecito aquilano-extracontrattuale, da valersi quale conclusione più plausibile della prima e maggiormente coerente con le pregnanti esigenze di tutela postulate dall'ordinamento comunitario in tema di competizioni concorrenziali per l'accesso agli appalti pubblici, si deve conseguentemente ritenere risarcibile anche l'interesse positivo e, cioè, nella voce relativa al lucro cessante, la perdita del guadagno (o della sua occasione) connesso all'esecuzione del contratto, di norma identificato nella misura del 10% dell'importo a base d'asta, per come eventualmente ribassato dall'offerta dell'impresa interessata (Consiglio di Stato, sez. IV, 15 febbraio 2005, n. 478).

31) Entro quali limiti la stazione appaltante nel bando di gara può fissare requisiti di partecipazione diversi, ulteriori e più restrittivi rispetto a quelli indicati dalla legge?

La discrezionalità della stazione appaltante nel fissare requisiti di partecipazione diversi, ulteriori e più restrittivi rispetto a quelli indicati dalla legge, non è illimitata. Per contro, è necessario che siano rispettati i limiti funzionali della logicità e della ragionevolezza di quanto richiesto e della pertinenza e congruità, a fronte dello scopo perseguito e dell'assenza di contraddittorietà interna, in modo da non restringere oltre lo stretto indispensabile la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio (Consiglio di Stato, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2304; sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5377). Anche alla luce di quanto stabilito dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, a prescindere dalla correttezza formale dell'operato della Commissione, la clausola del bando appare indebitamente limitativa dell'accesso alla procedura di gara, nella misura in cui crea un nesso imprescindibile tra l'affidabilità del futuro contraente in termini di capacità tecnica e la peculiare natura giuridica dei destinatari di prestazioni analoghe a quella richiesta dal bando medesimo, impedendo in questo modo la partecipazione a soggetti che abbiano effettuato prestazioni analoghe in favore di enti diversi da quelli puntualmente indicati dalla *lex specialis* di gara (Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, 2 aprile 2009, n. 42 e 8 ottobre 2009, n. 110).

32) Risultano applicabili alla procedura aperta le disposizioni della legge n. 241 del 1990 e s.m.i. in materia di partecipazione al procedimento amministrativo?

No, è inammissibile una presunta censura di violazione della L. n. 241 del 1990 e s.m.i., non rilevante di per sé, all'interno del procedimento di una procedura aperta, in cui la partecipazione degli interessati è assicurata mediante forme tipiche.

Le procedure contrattuali

La materia degli appalti pubblici costituisce un tipico esempio di procedimento, nel quale le esigenze partecipative sono particolarmente tutelate mediante un sistema specifico, che garantisce l'incidenza ed il diretto coinvolgimento degli interessati nel sistema di scelta del contraente. Conseguentemente, qualsiasi pretesa infrazione ai principi di partecipazione all'interno del procedimento concorsuale deve essere tradotta in termini di violazione delle norme che tale procedimento conformano (*T.A.R. Valle d'Aosta – Aosta, 7 gennaio 2003, n. 1*).

33) Come sono disciplinate le fasi della gara a procedura aperta, nel *Regolamento di amministrazione e contabilità (RAC) dell'INPS?*

Ai sensi dell'art. 103, capo IV del RAC, la gara a procedura aperta mediante la quale si procede ad affidare l'esecuzione di opere, forniture e servizi per i quali sia possibile predeterminare e definire le modalità di esecuzione e le caratteristiche, consta delle seguenti fasi:

- redazione e pubblicazione del bando di gara;
- celebrazione dell'incanto;
- aggiudicazione.

Con tale procedimento vengono resi noti al pubblico l'oggetto e le condizioni del contratto cui l'INPS intende addivenire, vengono raccolte le offerte dei vari concorrenti e viene accettato come contraente colui che ha fatto l'offerta migliore.

Il bando, che costituisce la regolamentazione speciale della gara, dovrà esplicitare l'oggetto del contratto e le sue condizioni, nonché le modalità di svolgimento del procedimento ed essere pubblicizzato secondo le modalità ed i termini di affissione ed inserzione previsti dalla normativa comunitaria e nazionale (art. 104 del RAC).

3.3 Procedura ristretta

Ai sensi dell'art. 67 del D.Lgs. n. 163 del 2006, ogni operatore economico può chiedere di partecipare alla procedura ristretta, tuttavia la presentazione dell'offerta è riservata soltanto agli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, con le modalità stabilite dal Codice.

L'articolo 67 del Codice dei Contratti

Le stazioni appaltanti utilizzano di preferenza le procedure ristrette quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In tema di gara per l'affidamento di un appalto pubblico, la procedura ristretta conferisce una posizione qualificata e differenziata alle singole imprese che hanno presentato la domanda di partecipazione e che siano state ammesse alla fase finale della gara (*T.A.R. Sicilia – Palermo, sez. I, 5 luglio 2006, n. 1576*).

La procedura ha avvio con la predisposizione della determinazione dirigenziale di autorizzazione a contrarre (si veda la **SCHEDA 6**). Relativamente alla natura della determinazione a contrarre si evidenzia che viene generalmente inquadrata nell'alveo degli atti amministrativi di tipo programmatico, quale presupposto del procedimento contrattuale vero e proprio. Nonostante la determinazione abbia un'efficace meramente interna, non direttamente lesiva delle posizioni dei terzi, la sua mancanza comporta l'illegittimità derivata di tutti gli atti della procedura. Per gli enti locali, però, in considerazione del disposto dell'art. 191 del D.Lgs. n. 267 del 2000, il contratto stipulato in assenza della determinazione a contrarre dovrebbe essere considerato inefficace per l'amministrazione, ma valido nei confronti del funzionario ordinatore senza poteri.

Nelle procedure ristrette gli operatori economici presentano la richiesta di invito nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara (si veda la **SCHEDA 7**) e, successiva-

mente, le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati nella lettera di invito (si veda la **SCHEDA 8**).

Il Codice Civile e i canoni di interpretazione di una lettera d'invito

I canoni di interpretazione di una lettera di invito, così come delle clausole dei bandi di concorso, non sono quelli delle fonti indicate negli artt. 12 e seguenti delle disposizioni sulla legge in generale (preliminari al Codice Civile), bensì quelli desunti dagli artt. 1362 e seguenti del Codice Civile, attesa la natura della volontà espressa, ascrivibile nella nozione generale del negozio giuridico. Trovano applicazione specificamente, gli artt. 1362, 1366, 1367, 1368, 1369, 1370, 1371 c.c., in ciascuno dei quali sono da rinvenire, analiticamente, i canoni interpretativi ai quali fare ricorso, sì da attribuire alla clausola il significato «*più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto*» (Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2007, n. 37).

Il contenuto dell'articolo 72 del Codice dei Contratti

In base al disposto dell'art. 72 del D.Lgs. n. 163 del 2006, il capitolato d'oneri e la documentazione complementare, nell'ipotesi di procedura ristretta, devono essere acclusi dalla stazione appaltante alla lettera di invito a presentare offerta, che apre la fase successiva a quelle di presentazione delle domande di partecipazione da parte dei concorrenti e di prequalifica degli stessi. Con tale comunicazione l'amministrazione invita alla presentazione di un'offerta le imprese ritenute idonee, fra quelle che ne abbiano fatto istanza, in quanto giudicate in possesso dei requisiti tecnici ed economico-finanziari individuati dal bando, necessari a garantire il livello delle prestazioni oggetto del contratto (*Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, 30 luglio 2009, n. 80*).

D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163

Art. 67. *Inviti a presentare offerte, a partecipare al dialogo competitivo, a negoziare* (art. 40, commi 1 e 5, direttiva 2004/18; art. 7, co. 2, e allegato 6, D.Lgs. n. 358/1992; art. 10, commi 2 e 3, e allegato 5, D.Lgs. n. 157/1995; art. 79, co. 2, D.P.R. n. 554/1999). – 1. Nelle procedure ristrette, nel dialogo competitivo, nelle procedure negoziate con e senza pubblicazione di un bando di gara, le stazioni appaltanti invitano simultaneamente e per iscritto i candidati selezionati a presentare le rispettive offerte o a negoziare o, in caso di dialogo competitivo, a partecipare al dialogo.

2. Nelle procedure ristrette, nel dialogo competitivo, nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, l'invito a presentare le offerte, a negoziare, a partecipare al dialogo competitivo contiene, oltre agli elementi specificamente previsti da norme del presente codice, e a quelli ritenuti utili dalle stazioni appaltanti, quanto meno i seguenti elementi:

- a) gli estremi del bando di gara pubblicato;
- b) il termine per la ricezione delle offerte, l'indirizzo al quale esse devono essere trasmesse e la lingua o le lingue, diverse da quella italiana, in cui possono essere redatte, fermo restando l'obbligo di redazione in lingua italiana e il rispetto delle norme sul bilinguismo nella Provincia autonoma di Bolzano;
- c) in caso di dialogo competitivo, la data stabilita e l'indirizzo per l'inizio della fase di consultazione, nonché le lingue obbligatoria e facoltativa, con le modalità di cui alla lettera b) del presente comma;
- d) l'indicazione dei documenti eventualmente da allegare a sostegno delle dichiarazioni verificabili prescritte dal bando o dall'invito, e secondo le stesse modalità stabilite dagli articoli 39, 40, 41 e 42;
- e) i criteri di selezione dell'offerta, se non figurano nel bando di gara;
- f) in caso di offerta economicamente più vantaggiosa, la ponderazione relativa degli elementi oppure l'ordine decrescente di importanza, se non figurano già nel bando di gara, nel capitolato d'oneri o nel documento descrittivo.

3. Nel dialogo competitivo gli elementi di cui alla lettera b) del comma 2 non sono indicati nell'invito a partecipare al dialogo, bensì nell'invito a presentare l'offerta.

Art. 72. *Termini di invio ai richiedenti dei capitolati d'oneri, documenti e informazioni complementari nelle procedure ristrette, negoziate e nel dialogo competitivo* (art. 40, paragrafi 2, 3, 4, direttiva 2004/18; art. 7, co. 5, D.Lgs. n. 358/1992; art. 10, co. 6, D.Lgs. n. 157/1995; artt. 79, commi 5 e 6, e 81, co. 2, D.P.R. n. 554/1999)

1. Nelle procedure ristrette, nelle procedure negoziate previo bando, e nel dialogo competitivo, l'invito ai candidati contiene, oltre agli elementi indicati nell'articolo 67:

a) una copia del capitolato d'oneri, o del documento descrittivo o di ogni documento complementare, ivi compresa eventuale modulistica;

b) oppure l'indicazione dell'accesso al capitolato d'oneri, al documento descrittivo e a ogni altro documento complementare, quando sono messi a diretta disposizione per via elettronica, ai sensi dell'articolo 70, comma 9.

2. Quando il capitolato d'oneri, il documento descrittivo, i documenti complementari, sono disponibili presso un soggetto diverso dalla stazione appaltante che espleta la procedura di aggiudicazione, ovvero presso lo sportello di cui all'articolo 9, l'invito precisa l'indirizzo presso cui possono essere richiesti tali atti e, se del caso, il termine ultimo per la presentazione di tale richiesta, nonché l'importo e le modalità di pagamento della somma dovuta per ottenere detti documenti. L'ufficio competente invia senza indugio detti atti agli operatori economici, non appena ricevute la richiesta.

3. Sempre che siano state richieste in tempo utile, le informazioni complementari sui capitolati d'oneri, sul documento descrittivo o sui documenti complementari, sono comunicate dalle stazioni appaltanti ovvero dallo sportello competente ai sensi dell'articolo 9, almeno sei giorni prima della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte. Nel caso delle procedure ristrette o negoziate urgenti, di cui all'articolo 70, comma 11, tale termine è di quattro giorni.

Casi pratici

1) *Qual è il numero minimo di imprese che devono essere invitate per partecipare a una procedura ristretta?*

Il numero di imprese che un'amministrazione aggiudicatrice intende invitare a presentare offerta nell'ambito di una procedura ristretta non può essere, in nessun caso, inferiore a cinque (*Corte giustizia CE, 26 settembre 2000, n. 225*).

2) *A fronte della mancata inclusione nell'elenco dei soggetti invitati, è legittima la presentazione diretta di un'offerta da parte di un soggetto estraneo alla procedura ristretta?*

No, tale possibilità non è prevista. A fronte della mancata inclusione dell'impresa nell'elenco dei soggetti invitati, l'interesse a partecipare alla procedura può trovare adeguata tutela solo attraverso la formulazione di richiesta di inclusione nel novero dei soggetti invitati, con successiva contestazione dell'eventuale provvedimento negativo, non già per il tramite della diretta presentazione di un'offerta da parte di soggetto estraneo alla procedura ristretta (*T.A.R. Campania – Salerno, sez. I, 5 febbraio 2001, n. 63, confermata da Consiglio di Stato, sez. VI, 3 aprile 2002, n. 1836*).

3) *Gli atti dell'eventuale fase di prequalifica, funzionalmente diretta ad una prima selezione di soggetti da invitare, possono essere impugnati?*

Non sussiste alcun onere di impugnazione degli atti della fase di prequalifica, stante la sua natura autonoma e subprocedimentale a valenza esplorativa. Da ciò consegue che la stazione appaltante ha il dovere, in occasione della gara, di procedere a una nuova e concreta valutazione della posizione dei singoli concorrenti in rapporto ai requisiti sostanziali richiesti dalla lettera d'invito (*T.A.R. Lazio – Latina, 11 luglio 2006, n. 449*).

- 4) *Da quale data decorre il termine previsto a pena di decadenza per impugnare una prescrizione del bando di gara?*

In un appalto di opere pubbliche da aggiudicare mediante procedura ristretta, il termine di decadenza per impugnare una prescrizione del bando di gara confluita nella lettera di invito, decorre dal momento della ricezione della suddetta lettera. Nell'ambito della procedura ristretta, infatti, solo tale atto è idoneo a segnare il passaggio dell'interesse dell'aspirante da uno stato di potenzialità ad uno di concretezza ed attualità, attraverso l'effettivo coinvolgimento della ditta interessata nella vera e propria procedura selettiva e, quindi, la maturazione del suo interesse allo svolgimento della gara secondo regole improntate a legittimità e trasparenza (*T.A.R. Calabria – Catanzaro, sez. II, 23 gennaio 2003, n. 75*).

- 5) *In base a quali elementi la stazione appaltante sceglie le imprese da invitare alla procedura ristretta?*

L'amministrazione dispone di una facoltà discrezionale nella scelta delle imprese da invitare alla procedura ristretta, posto che è primaria l'esigenza di svolgere la stessa procedura e l'esecuzione del successivo contratto nel quadro di relazioni di leale serenità e di reciproca stima, per garantire il pubblico interesse. È, quindi, legittima la non inclusione di un'impresa tra quelle invitate sulla base della motivazione dell'esistenza di un pesante contenzioso fondato su elementi che incrinano fortemente il rapporto di fiducia e di buona fede con l'amministrazione stessa (*Consiglio di Stato, sez. V, 10 giugno 2002, n. 3209*).

- 6) *In quali fasi si articola la gara a procedura ristretta (licitazione privata) e qual è la disciplina prevista dai Regolamenti di amministrazione e contabilità dell'INAIL e dell'INPS?*

Ai sensi dell'art. 97 del RAC dell'INAIL la procedura, espletate le prescrizioni in materia di pubblicità previste dalla legge, ha inizio con l'invio di una lettera di invito alla gara in cui siano trascritti l'oggetto, le condizioni generali e particolari del contratto, il criterio di aggiudicazione scelto (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa) nonché quant'altro prescritto dalla normativa vigente; a detta lettera va allegato lo schema d'atto da restituire, entro il termine stabilito, debitamente sottoscritto per accettazione, nonché l'offerta del prezzo o del ribasso sul prezzo a base di gara, ove questo sia previsto.

L'art. 109 del RAC dell'INPS, stabilisce che le Commissioni, sulla base degli esiti della qualificazione di cui all'articolo 108 dello stesso Regolamento, procedono alla individuazione delle ditte da invitare, mediante una lettera d'invito con l'indicazione dell'oggetto della licitazione; delle condizioni generali e particolari che regolano il contratto; delle modalità in base alle quali vanno effettuate le offerte ed inviati eventuali campioni; del termine massimo per la ricezione delle offerte stesse e di quello fino al quale i concorrenti devono ritenersi impegnati; dell'importo, della durata e delle modalità di costituzione, a garanzia delle offerte, del deposito cauzionale provvisorio; del luogo, data, ora della seduta per l'apertura delle buste contenenti le offerte e di quant'altro previsto per la specifica gara. Alla lettera d'invito può essere accluso uno schema di atto di obbligazione che richiami l'oggetto e le condizioni generali e particolari del contratto. In tal caso la persona abilitata ad impegnare legalmente la ditta è tenuta, entro un termine perentorio, a restituire tale schema firmato in ogni pagina e con l'indicazione del prezzo al quale la ditta stessa è disposta ad eseguire l'opera, la fornitura e il servizio. Nella lettera d'invito dovrà essere indicato il sistema, individuato in sede di autorizzazione di spesa, in base al quale si procederà all'aggiudicazione. qualora il sistema prescelto per l'aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dovranno essere altresì indicati i criteri che saranno seguiti per la valutazione di ciascuna offerta con riferimento ai coefficienti massimi previsti per ciascun elemento di valutazione.