

Le innovazioni nel ricorso alla trattativa privata nella Direttiva 18/2004 e nel Codice appalti

- le ipotesi di affidamento a trattativa privata previa pubblicazione del bando di gara
- le ipotesi di affidamento a trattativa privata non precedute da pubblicazione del bando di gara
- limiti di importo e nuovi casi di ricorso alla trattativa privata

(Prof. Avv. Sergio Foà)

1. Le disposizioni della Direttiva 2004/18 già in vigore e quelle rimesse al Codice appalti.

Si registra per ora un'attuazione parziale per le direttive appalti pubblici di lavori, forniture e servizi 2004/17 e 2004/18. Dal 1 febbraio 2006 sono entrate in vigore alcune parti della disciplina comunitaria che diventano quindi applicabili direttamente in Italia, modificando in parte la normativa sui lavori pubblici. In particolare sono già applicabili l'avvalimento in sede di gara (la possibilità di utilizzare i requisiti di altre imprese), le nuove soglie di applicazione della normativa comunitaria, i nuovi termini per le gare e le nuove modalità di pubblicità.

Le direttive comunitarie prevedono anche altri istituti innovativi, a «recepimento facoltativo», per la cui entrata in vigore occorre attendere l'approvazione del Codice unico degli appalti pubblici (o «Codice De Lise»). Il provvedimento, approvato il 13 gennaio in via preliminare dal Consiglio dei ministri, è stato oggetto di un parere condizionato del Consiglio di Stato e di un parere negativo delle Regioni e delle autonomie locali in sede di Conferenza unificata.

Per verificare quali parti delle direttive, e in particolare della direttiva 2004/18, entrano immediatamente in vigore occorre tenere conto che le norme comunitarie, decorso il termine per il recepimento da parte dei singoli Stati membri, non si applicano direttamente nella loro interezza. La giurisprudenza comunitaria e costituzionale hanno da tempo dichiarato di immediata applicazione («self executing») soltanto le norme UE indirizzate alle amministrazioni o quelle che escludono qualsiasi discrezionalità degli Stati in ordine alla loro attuazione. Da ciò la necessità di enucleare alla luce dei principi elaborati dalla citata giurisprudenza, le norme di principale interesse applicabili a partire dal 1° febbraio 2006 e le altre per le quali occorrerà attendere il varo del cosiddetto Codice De Lise.

Le norme della direttiva che non entrano in vigore. Innanzitutto non entrano in vigore le norme che riguardano istituti innovativi previsti nelle direttive, trattandosi di disposizioni che richiedono una valutazione e una scelta del legislatore italiano. In sostanza si tratta di norme a recepimento facoltativo o per le quali occorre procedere a un adattamento rispetto al quadro normativo vigente (è il caso, per esempio, dell'art. 52, comma 1, della direttiva). Si segnalano in particolare quelle relative ai seguenti istituti: dialogo competitivo (art. 29); accordi quadro (art. 32); le aste elettroniche (art. 54); sistemi dinamici di acquisizione (art. 33); le centrali di committenza (art. 11); cosiddetto «avvalimento» nell'ambito dei sistemi di qualificazione (art. 52, comma 1).

Non sembrano altresì essere di immediata applicazione altre norme della direttiva che non sono innovative rispetto alle precedenti direttive Cee (92/50/Cee in particolare, per i servizi) e che riguardano materie sulle quali deve essere il legislatore nazionale a valutare come recepirle. È il caso, per esempio, della norma sui contratti di appalto (sola esecuzione, progettazione e costruzione, *general contracting*) per la quale la legge 109/94 ha già compiuto delle scelte ben precise, limitando l'appalto integrato (progettazione e costruzione) e il *general contracting* (utilizzabile soltanto per le opere della legge obiettivo). Stesso discorso si può fare per la norma sulle cause di esclusione (art. 45), dal momento che c'è un rinvio agli Stati membri che devono stabilire le condizioni di applicazione della norma comunitaria, potendo anche prevedere deroghe (anche più restrittive) a essa. **Uguualmente, per quanto in questa sede più interessa, la disciplina della trattativa privata (artt. 30 e 31, ove si prevede anche l'ammissibilità dei rilanci successivi) il rinvio contenuto nell'art. 28 della direttiva («le amministrazioni applicano le procedure nazionali adattate alla presente direttiva») fa sì che gli articoli 30 e 31, ancorché indirizzati alle singole amministrazioni, presuppongano una valutazione ulteriore compiuta dal legislatore, in assenza della quale ogni applicazione immediata pare da escludersi.**

Le norme che entrano in vigore. Fra le norme immediatamente in vigore da oggi si segnalano, in particolare, quelle relative a: **soglie di applicazione della normativa comunitaria, che diventa 211 mila euro per le forniture e per i servizi (422 mila per forniture e servizi nei settori speciali) e 5,278 milioni per i lavori (anche nei settori cosiddetti speciali, in virtù della recentissima modifica alla direttiva 2004/18/Ce apportata con regolamento della Commissione europea del 19 dicembre 2005)**; cosiddetto avvalimento (in fase di gara) dei requisiti di altri soggetti da parte di colui che partecipa alla gara (art. 48, commi 3 e 4), istituto peraltro ritenuto applicabile anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato; specifiche tecniche (art. 23); condizioni di esecuzione degli appalti (art. 26); principio di corrispondenza dei requisiti minimi di capacità rispetto all'oggetto dell'appalto (art. 44, comma 2) che innovano le disposizioni vigenti ma seguendo, nella sostanza, principi già consolidati; richiesta di requisiti di partecipazione relativi all'indicazione di misure di «gestione ambientale» (art. 48, comma 2, lettera f e art. 50); modalità di pubblicazione di bandi e avvisi di gara (viene meno il riferimento alla banca dati Ted, art. 36, comma 4); avvisi di preinformazione (art. 36, comma 5); riscontro della pubblicità effettuata (art. 36, comma 8); norme sulla pubblicità dei bandi e degli avvisi, nonché sui termini per la trasmissione delle domande di partecipazione e sull'invio delle offerte che potranno essere immediatamente applicate. In particolare: per le procedure ristrette con procedura accelerata si prevede la riduzione del termine dei 40 giorni previsto per la ricezione delle offerte che potrà arrivare fino a 22 giorni (ora è di 26 giorni), o a 15 nel caso in cui i documenti di gara siano inviati per via elettronica e ancora a dieci giorni se è stato disposto l'accesso libero su sito internet della documentazione di gara (art. 38, commi da 5 a 7); criteri di aggiudicazione e possibilità di indicare l'ordine decrescente dei criteri (art. 53, comma 2); probabilmente, anche la nuova disciplina delle concessioni (artt. da 56 a 65) potrebbe ritenersi applicabile dal momento che si tratta di norma indirizzata alle amministrazioni (e quindi sarebbe applicabile anche la norma che consente di affidare la concessione di lavori pubblici con procedure diverse dalla licitazione privata prevista dalla legge Merloni). Rimane però un dubbio generale derivante dalla scelta, effettuata negli anni scorsi dal nostro legislatore, di prevedere nel nostro ordinamento una procedura (la licitazione privata) più concorrenziale rispetto alle altre previste dalla direttiva (anche la trattativa privata con o senza bando). In passato la Corte costituzionale aveva ritenuto del tutto legittime le previsioni del legislatore nazionale più concorrenziali (per esempio, con riguardo ai limiti imposti alla trattativa privata) rispetto alle ulteriori procedure previste dalle direttive europee. Scadrà il 31 gennaio prossimo il termine per il recepimento negli ordinamenti nazionali delle direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18 in materia di appalti pubblici.

2. I criteri di semplificazione degli appalti sotto soglia nella Relazione di accompagnamento al Codice.

(Estratto: punto 4 della relazione di accompagnamento al Codice degli appalti pubblici)

Nella disciplina dei contratti sotto soglia, la disciplina, nel rispetto dei canoni di semplificazione e riduzione dei tempi, può essere articolata come segue.

1. La flessibilità discende già dall'estensione ai contratti sotto soglia di istituti propri di quelli sopra soglia, e che garantiscono flessibilità (maggior numero di ipotesi di trattativa privata, nuovi strumenti quali accordi quadro, aste elettroniche, dialogo competitivo; scelta, rimessa alla stazione appaltante, tra criterio del prezzo più basso e offerta economicamente più vantaggiosa; flessibilità dell'appalto di lavori che a scelta della stazione appaltante può o meno aver ad oggetto anche la progettazione, esclusa quella preliminare). **In aggiunta può essere previsto l'ulteriore caso di trattativa privata, di cui all'art. 24, l. n. 109 del 1994 fino a 100.000 euro e per gli appalti relativi a beni culturali i casi già previsti dal d.lgs. n. 30/2004.**

2. 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.

3. Per gli appalti di lavori sotto soglia la semplificazione si può realizzare come segue:

regime di pubblicità semplificata;

termini ridotti rispetto a quelli comunitari;

elevazione a 500.000 euro della soglia dei lavori in economia;

snellimento della licitazione privata semplificata, che viene definita procedura ristretta semplificata,

e la cui soglia viene elevata a 1.500.000 euro (in armonia con quanto è attualmente già previsto per

gli appalti relativi a beni culturali).

4. Le offerte anomale vengono disciplinate in modo differenziato sopra e sotto soglia, mantenendosi sotto soglia l'esclusione automatica che risponde a criteri di semplificazione.

5. Per gli appalti di lavori, servizi, forniture sotto soglia, nei settori speciali:

allo stato attuale:

per le amministrazioni aggiudicatrici: per i lavori dovrebbe applicarsi la Merloni, che riguarda tutti gli appalti di lavori a prescindere dalle soglie, con esclusione dei lavori sopra soglia nei settori speciali; per le forniture dovrebbe applicarsi il d.p.r. del 1994; per i servizi la legislazione di contabilità di Stato; per i soggetti privati: si applica il diritto civile dei contratti.

Tale soluzione, per le amministrazioni aggiudicatrici, appare poco razionale, perché così operando, la disciplina degli appalti nei settori speciali sotto soglia è ben più severa della disciplina degli appalti nei settori speciali sopra soglia, il che costituisce fattore di irrigidimento dei settori speciali, dove invece occorrono procedure più snelle che nei settori ordinari.

Inoltre per i soggetti privati appare opportuno estendere agli appalti sotto soglia quanto meno l'obbligo del rispetto dei principi del Trattato.

Si suggerisce pertanto:

- per le amministrazioni aggiudicatrici, di estendere sotto soglia la disciplina dei settori speciali sopra soglia, con semplificazioni quanto a pubblicità e termini;

- per i soggetti privati, imporre sotto soglia il rispetto dei principi del Trattato.

3. La trattativa privata – procedura negoziata nella Direttiva 2004/18 e nel Codice degli appalti pubblici

In primo luogo occorre evidenziare che le fattispecie nelle quali sia la direttiva 2004/18 che il testo del Codice ammettono 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 dell'art. 41 R.d. n. 827 del 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 della legislazione regionale più recente (in parte già in vigore: ad es. Friuli), 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.): cfr. A. Massari.

La trattativa privata – procedura negoziata, nell’ambito degli appalti di servizi e forniture, rimane prevista 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, con il diverso sistema dell’economia (per l’affidamento di determinate forniture e servizi per il solo modesto importo).

3.1 La procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara

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.

Articolo 30 Direttiva 2004/18

Aggiudicazione mediante procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara

1. Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara, nelle fattispecie seguenti:

a) in caso di offerte irregolari o di deposito di offerte inaccettabili secondo le disposizioni nazionali compatibili con le disposizioni degli articoli 4, 24, 25, 27 e quelle del capo VII, presentate in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono non pubblicare un bando di gara se includono nella procedura negoziata tutti, e soltanto, gli offerenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 45 a 52 che, nella procedura aperta o ristretta o nel dialogo competitivo precedente, hanno presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di aggiudicazione;

b) in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori, forniture o di servizi la cui natura o i cui imprevisti non consentano una fissazione preliminare e globale dei prezzi;

c) nel caso di servizi, e in particolare di servizi rientranti nella categoria 6 dell'allegato II A e di prestazioni di natura intellettuale quali la progettazione di opere, nella misura in cui la natura della prestazione da fornire renda impossibile stabilire le specifiche dell'appalto con una precisione sufficiente che permetta di aggiudicare l'appalto selezionando l'offerta migliore secondo le norme della procedura aperta o della procedura ristretta;

d) nel caso di appalti pubblici di lavori, per i lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e di sviluppo.

2. Nei casi di cui al paragrafo 1, le amministrazioni aggiudicatrici negoziano con gli offerenti le offerte da questi presentate per adeguarle alle esigenze indicate nel bando di gara, nel capitolato d'oneri e negli eventuali documenti complementari e per cercare l'offerta migliore ai sensi dell'articolo 53, paragrafo 1.

3. Nel corso della negoziazione le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono la parità di trattamento fra tutti gli offerenti. In particolare, esse non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri.

4. Le amministrazioni aggiudicatrici 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'oneri. Il ricorso a tale facoltà è indicato nel bando di gara o nel capitolato d'oneri.

Si riportano di seguito le previsioni 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 accentua la procedimentalizzazione della trattativa privata previo bando, che tempera la discrezionalità della procedura negoziata, ma salvaguarda le esigenze di flessibilità proprie della fase di negoziazione, anche con 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'oneri 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'oneri. Il ricorso a tale facoltà è indicato nel bando di gara o nel capitolato d'oneri”.

Si tratta di disposizioni di carattere generale, che debbono essere applicate anche alla procedura negoziata senza bando.

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”* (T.a.r. Emilia Romagna Bologna - sez. I - 21/9/2005 n. 1533).

Il numero dei candidati da invitare

Ai sensi dell'art. 62 del Codice "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".

La previsione recepisce le indicazioni di cui all'art. 44 Direttiva 18/2004:

Articolo 44 Direttiva 18/2004

Accertamento dell'idoneità e scelta dei partecipanti, aggiudicazione

1. L'aggiudicazione degli appalti avviene in base ai criteri di cui agli articoli 53 e 55, tenuto conto dell'articolo 24, previo accertamento dell'idoneità degli operatori economici non esclusi in forza degli articoli 45 e 46, effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici conformemente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, alle conoscenze od alle capacità professionali e tecniche di cui agli articoli da 47 a 52 e, se del caso, alle norme ed ai criteri non discriminatori di cui al paragrafo 3.

2. Le amministrazioni aggiudicatrici possono richiedere livelli minimi di capacità, conformemente agli articoli 47 e 48, che i candidati e gli offerenti devono possedere.

La portata delle informazioni di cui agli articoli 47 e 48 nonché i livelli minimi di capacità richiesti per un determinato appalto devono essere connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto.

Detti livelli minimi sono indicati nel bando di gara.

3. Nelle procedure ristrette, nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara e nel dialogo competitivo, le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare il numero di candidati idonei che inviteranno a presentare un'offerta, a negoziare od a partecipare al dialogo, purché vi sia un numero sufficiente di candidati idonei. Le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara i criteri o le norme obiettivi e non discriminatori che intendono applicare, il numero minimo di candidati che intendono invitare e, all'occorrenza, il numero massimo.

Nelle procedure ristrette il numero minimo di candidati è cinque. Nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara e nel dialogo competitivo il numero minimo di candidati è tre. In ogni caso il numero di candidati invitati deve essere sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza.

Le amministrazioni aggiudicatrici invitano un numero di candidati almeno pari al numero minimo prestabilito. Se il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione e i livelli minimi è inferiore al numero minimo, l'amministrazione aggiudicatrice può proseguire la procedura invitando il candidato o i candidati in possesso delle capacità richieste. L'amministrazione aggiudicatrice non può includere in tale procedura altri operatori economici che non abbiano chiesto di partecipare o candidati che non abbiano le capacità richieste.

4. Le amministrazioni aggiudicatrici, quando ricorrono alla facoltà di ridurre il numero di soluzioni da discutere o di offerte da negoziare, di cui all'articolo 29, paragrafo 4, e all'articolo 30, paragrafo 4, effettuano tale riduzione applicando i criteri di aggiudicazione indicati nel bando di gara, nel capitolato d'onori o 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.

Rispetto alla previsione comunitaria, il Codice specifica che i criteri selettivi devono essere pertinenti all'oggetto del contratto, e prevede per le amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di fissare anche un numero massimo di candidati da invitare (c.d. **forcella**).

Inoltre ai sensi dello stesso art. 62, 5 comma, del Codice *“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”*.

Altre disposizioni rilevanti per la procedura negoziata previo bando riguardano il contenuto e la pubblicazione del bando (artt. 63 - 66, per gli appalti di rilievo comunitario; art. 124, commi 2-5, per quelli sotto soglia), il contenuto della lettera di invito (art. 67) e i termini 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, comma 6, per gli appalti sotto soglia).

3.2 La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara

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.

Articolo 31 Direttiva 2004/18

Aggiudicazione mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara

Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle fattispecie seguenti:

1) per gli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi:

a) qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata o non sia stata depositata alcuna candidatura in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché una relazione sia trasmessa alla Commissione a richiesta di quest'ultima;

b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;

c) nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici in questione, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate con pubblicazione di un bando di gara di cui all'articolo 30. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici;

2) per gli appalti pubblici di forniture:

a) qualora i prodotti in questione siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo; in questa disposizione non rientra la produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo;

b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate o al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe l'amministrazione aggiudicatrice 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, come regola generale, superare i tre anni;

c) per forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime;

d) per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato giudiziario o di una procedura analoga prevista nelle legislazioni o regolamentazioni nazionali;

3) per gli appalti pubblici di servizi, qualora l'appalto in questione 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 di progettazione. In quest'ultimo caso tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati;

4) per gli appalti pubblici di servizi e gli appalti pubblici di lavori:

a) per i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto inizialmente preso in considerazione né nel contratto iniziale, che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, all'esecuzione dell'opera o del servizio quali ivi descritti, a condizione che siano aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera:

- qualora tali lavori o servizi o complementari non possano essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dall'appalto iniziale senza recare gravi inconvenienti all'amministrazione aggiudicatrice oppure
- qualora tali lavori o servizi, pur essendo separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento.

Tuttavia, l'importo cumulato degli appalti aggiudicati per lavori o servizi complementari non deve superare il 50% dell'importo dell'appalto iniziale;

b) per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo le procedure aperte o ristrette.

La possibilità di valersi di questa procedura è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è preso in considerazione dalle amministrazioni aggiudicatrici per l'applicazione dell'articolo 7.

Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla conclusione dell'appalto iniziale.

Il Codice, riprendendo tali indicazioni, ammette il ricorso a procedura negoziata senza bando:

- 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.

Debbono essere annotate le nuove fattispecie per l'affidamento di **forniture**, mutuata dalla disciplina sui settori speciali (art. 13, c. 1, lett. h) ed m) d.lgs. n. 158 del 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.

Di grande interesse anche la novità di cui all'art. 57, comma 6, del Codice, 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 procedimentali 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, con testualità dell'invito): cfr. A. Massari.

La distinzione assume rilevanza soprattutto alla luce della recente e prevalente giurisprudenza. Ad es. 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: *“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”*

“(…) 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.”.

Il rinnovo dei contratti

L'art. 57 del Codice prevede all'ultimo comma: *“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 riguarda solo l'ipotesi di rinnovo tacito, mentre analoga restrizione non viene contemplata per altre forme di rinnovo o di negozi giuridici ripetitivi.

La disposizione in esame sembra permettere il rinnovo, purché sia comunque conforme ai principi comunitari di trasparenza e concorrenza, dunque programmato ed evidenziato *ex ante* negli atti di gara, sia per informare la concorrenza dello sviluppo potenziale ulteriore del rapporto contrattuale, sia per verificare l'importo complessivo dell'appalto e l'eventuale superamento delle soglie comunitarie.

3.3 I principi applicabili ai settori esclusi

Riguardo agli appalti “esclusi” dall’ambito di applicazione del Codice (artt. 16 – 26), tra i quali 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*”.

Come ricorda la Relazione illustrativa dell’art. 27 “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” .

3.4 Le innovazioni in materia di lavori pubblici: le anticipazioni della giurisprudenza amministrativa e la materia dei beni culturali

Atteso quanto si è visto in apertura, anche le disposizioni della legge “Merloni” per gli appalti di lavori sotto soglia restano pienamente in vigore sino all’emanazione del nuovo codice.

Al riguardo è bene ricordare il contenuto del vigente art. 24 della stessa legge:

Art. 24 (Trattativa privata)

1. L'affidamento a trattativa privata è ammesso per i soli appalti di lavori pubblici esclusivamente nei seguenti casi:

a) lavori di importo complessivo non superiore a 100.000 euro;(b)

a) lavori di importo complessivo compreso tra oltre 100.000 euro e 300.000 euro, nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato e, in particolare, dell'articolo 41 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827(c);

b) lavori di importo complessivo superiore a 300.000 euro nel caso di ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa, qualora motivi di imperiosa urgenza attestati dal dirigente o dal funzionario responsabile del procedimento rendano incompatibili i termini imposti dalle altre procedure di affidamento degli appalti(d);

c) (e) (f)

2. Gli affidamenti di appalti mediante trattativa privata sono motivati e comunicati all'Osservatorio dal responsabile del procedimento e i relativi atti sono posti in libera visione di chiunque lo richieda (g).

3. I soggetti ai quali sono affidati gli appalti a trattativa privata devono possedere i requisiti per l'aggiudicazione di appalti di uguale importo mediante pubblico incanto o licitazione privata (g).

4. Nessun lavoro può essere diviso in più affidamenti al fine dell'applicazione del presente articolo.

5. L'affidamento di appalti a trattativa privata, ai sensi del comma 1, lettera b), avviene mediante gara informale alla quale debbono essere invitati almeno quindici concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati ai sensi della presente legge per i lavori oggetto dell'appalto(h).

5-bis. (i)

6. I lavori in economia sono ammessi fino all'importo di 200 mila ECU, fatti salvi i lavori del Ministero della difesa che vengono eseguiti in economia a mezzo delle truppe e dei reparti del Genio militare, disciplinati dal regolamento per l'attività del Genio militare di cui all'articolo 3, comma 7-bis, e degli organismi di cui agli articoli 3, 4 e 6 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, che sono disciplinati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, emanato su proposta del Comitato di cui all'articolo 2 della citata legge n. 801 del 1977, previa intesa con il Ministro dell'economia e delle finanze. (l)(m).

7. Qualora un lotto funzionale appartenente ad un'opera sia stato affidato a trattativa privata, non può essere assegnato con tale procedura altro lotto da appaltare in tempi successivi e appartenente alla medesima opera.

7-bis. (n)

8. (o).

(b) Lettera premessa dall'art. 7, comma 1, lett. p), numero 1), L. 1° agosto 2002, n. 166.

(c) Lettera modificata dall'art. 9, comma 36, L. 18 novembre 1998, n. 415, dall'art. 1, comma 4, D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e, successivamente, dall'art. 7, comma 1, lett. p), numero 1), L. 1° agosto 2002, n. 166.

(d) Lettera modificata dall'art. 9, commi 36 e 37, L. 18 novembre 1998, n. 415, dall'art. 1, comma 4, D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e, successivamente, dall'art. 7, comma 1, lett. p), numero 1), L. 1° agosto 2002, n. 166.

(e) Comma sostituito dall'art. 8-bis, D.L. 3 aprile 1995, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla L. 2 giugno 1995, n. 216, modificato dall'art. 1, comma 4, D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e, successivamente, dall'art. 7, comma 1, lett. p), numero 1), L. 1° agosto 2002, n. 166.

(f) Lettera abrogata dall'art. 12, comma 1, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 30, a decorrere dal giorno 8 febbraio 2004.

(g) Comma modificato dall'art. 8-bis, D.L. 3 aprile 1995, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla L. 2 giugno 1995, n. 216.

(h) Comma modificato dall'art. 9, comma 38, L. 18 novembre 1998, n. 415.

(i) Comma inserito dall'art. 7, comma 1, lett. p), numero 3), L. 1° agosto 2002, n. 166 e, successivamente, abrogato dall'art. 12, comma 1, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 30, a decorrere dal giorno 8 febbraio 2004.

(l) Comma modificato dall'art. 8-bis, D.L. 3 aprile 1995, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla L. 2 giugno 1995, n. 216, dall'art. 9, comma 39, L. 18 novembre 1998, n. 415 e, successivamente, dall'art. 1, comma 240, L. 30 dicembre 2004, n. 311, a decorrere dal 1 gennaio 2005.

(m) Per l'applicazione del presente comma, vedi anche la Direttiva del Presidente del consiglio dei ministri 29 aprile 1994.

(n) Comma inserito dall'art. 7, comma 1, lett. p), numero 4), L. 1° agosto 2002, n. 166 e, successivamente, abrogato dall'art. 12, comma 1, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 30, a decorrere dal giorno 8 febbraio 2004.

(o) Comma abrogato dall'art. 9, comma 40, L. 18 novembre 1998, n. 415.

La disciplina prevista dal Codice, come si è visto di recepimento della direttiva 2004/18, aveva in qualche misura trovato un anticipato riconoscimento ad opera della giurisprudenza interna, sia pure invocante la Direttiva 93/37/CEE. In particolare si ricorda:

T.A.R. Piemonte, Sez. II - Sentenza 22 ottobre 2004 n. 2629: l'art. 7, paragrafo 3, lettera a), della Direttiva 93/37/CEE statuisce che: "Le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire gli appalti di lavori mediante la procedura negoziata, senza pubblicazione preliminare di un bando di gara ... quando nessuna offerta o nessuna offerta appropriata è stata depositata in esito ad una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate". La stazione appaltante fa legittima applicazione di tale norma, del resto

espressamente richiamata nell'atto di indizione della trattativa privata, ponendovi a base gli stessi elaborati progettuali oggetto della precedente gara; né può ritenersi che su tale disposizione prevalga l'art. 24 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., il quale non contempla, tra le situazioni legittimanti, quella contemplata dalla direttiva comunitaria. **Al riguardo va osservato che la norma nazionale deve essere armonizzata con quella comunitaria ed in caso di contrasto disapplicata dalla stessa stazione appaltante e ciò vale in modo particolare nel caso in cui la trattativa privata è stata organizzata in modo da consentire un'effettiva partecipazione delle imprese interessate, mediante adeguata pubblicizzazione della procedura ristretta.**

Merita un cenno ricostruire la *ratio* della pronuncia. È noto che la giurisprudenza costituzionale aveva giustificato, in particolare, l'eliminazione di alcune fattispecie comunitarie tipiche di trattativa privata (ripetizione di lavori, ecc.) con l'argomento che il legislatore nazionale può individuare casi più ridotti di ricorso alla procedura negoziata rispetto a quanto previsto dalle corrispondenti direttive, in quanto l'effetto è di ampliare le ipotesi di procedure ad evidenza pubblica in coerenza con gli obiettivi del legislatore europeo, che sono di ampliare la concorrenza. Tale orientamento è stato però già intaccato dal d.lgs. n. 30 del 2004 in tema di appalti di lavori sui beni culturali (M. Greco).

L'art. 7 di tale provvedimento, infatti, disciplina le modalità di individuazione del contraente e affidamento dei lavori, sostituendo l'art. 24 commi 1, lettera c), 5-bis e 7-bis della legge quadro (contestualmente abrogati), prevedendo, tra l'altro, l'affidamento a trattativa privata nei seguenti casi:

- per lavori relativi a lotti successivi di progetti generali approvati, consistenti nella ripetizione di opere similari affidate all'impresa titolare del primo appalto, a condizione che tali lavori siano conformi al progetto generale, che il lotto precedente sia stato aggiudicato con procedure aperte o ristrette e che negli atti di gara del primo appalto sia stato esplicitamente previsto l'eventuale ricorso a tale procedura e sia stato considerato anche l'importo successivo al fine dell'applicazione della normativa comunitaria; il ricorso a tale procedura è limitato al triennio successivo all'ultimazione del lavoro dell'appalto iniziale;
- per lavori complementari non figuranti nel progetto inizialmente approvato o nell'affidamento precedentemente disposto, i quali siano diventati, a seguito di circostanze imprevedibili, necessari alla realizzazione dell'intervento complessivo, sempre che tali lavori non possano essere separati dall'appalto principale senza gravi inconvenienti tecnici o economici per l'amministrazione, oppure, quantunque separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento. L'importo di detti lavori complementari non può comunque complessivamente superare il cinquanta per cento di quello dell'appalto principale.

Proprio su tali disposizioni si è pronunciato il T.a.r. Piemonte, rapportandole all'art. 7, paragrafo 3, lettera a), della Direttiva 93/37 CEE, il quale statuisce che: "*Le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire gli appalti di lavori mediante la procedura negoziata, senza pubblicazione preliminare di un bando di gara ... quando nessuna offerta o nessuna offerta appropriata è stata depositata in esito ad una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate*".

Il T.a.r. aveva affermato, anticipando la nuova disciplina, che non può ritenersi che su tale disposizione prevalga l'art. 24 della legge 109/1994 il quale non contempla, tra le situazioni legittimanti, quella prevista dalla direttiva comunitaria: al riguardo, osservavano i giudici, la norma nazionale deve essere armonizzata con quella comunitaria ed in caso di contrasto disapplicata dalla stazione appaltante.

3.5 Il precedente degli appalti di lavori in materia di beni culturali

D. lgs. n. 30 del 2004 (beni culturali)

Art. 7. - Individuazione del contraente e affidamento dei lavori

1. Per i lavori indicati all'articolo 1, comma 1, concernenti beni mobili e superfici decorate di beni architettonici, l'affidamento a trattativa privata è ammesso, nel rispetto dei principi di adeguata pubblicità, trasparenza, imparzialità, garantiti mediante comunicazione all'Osservatorio regionale dei lavori pubblici con le modalità stabilite da ogni Regione, nei seguenti casi:

a) per lavori di importo complessivo non superiore a 500.000 euro, mediante gara informale, alla quale devono essere invitati almeno quindici concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati per i lavori oggetto dell'appalto; la lettera di invito e l'elenco delle imprese invitate sono trasmessi preventivamente all'Osservatorio regionale dei lavori pubblici che provvede a curarne un'adeguata pubblicizzazione;

b) per lavori di importo complessivo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento a soggetti, singoli o raggruppati, scelti dalla stazione appaltante, che deve comunque verificare la sussistenza dei requisiti richiesti dalla normativa e motivare l'individuazione del contraente in relazione alle prestazioni da affidare;

c) per lavori relativi a lotti successivi di progetti generali approvati, consistenti nella ripetizione di opere similari affidate all'impresa titolare del primo appalto, a condizione che tali lavori siano conformi al progetto generale, che il lotto precedente sia stato aggiudicato con procedure aperte o ristrette e che negli atti di gara del primo appalto sia stato esplicitamente previsto l'eventuale ricorso a tale procedura e sia stato considerato anche l'importo successivo al fine dell'applicazione della normativa comunitaria; il ricorso a tale procedura è limitato al triennio successivo all'ultimazione del lavoro dell'appalto iniziale.

2. Per i lavori indicati all'articolo 1, comma 1, concernenti beni immobili, e per quelli indicati all'articolo 1, comma 2, l'affidamento a trattativa privata è ammesso, nel rispetto dei principi di adeguata pubblicità, trasparenza, imparzialità, garantiti mediante comunicazione all'Osservatorio regionale dei lavori pubblici con le modalità stabilite da ogni regione, nei seguenti casi:

a) per lavori di importo complessivo non superiore a 500.000 euro, mediante gara informale, alla quale devono essere invitati almeno quindici concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati per i lavori oggetto dell'appalto; la lettera di invito e l'elenco delle imprese invitate sono trasmessi preventivamente all'Osservatorio regionale dei lavori pubblici che provvede a curarne un'adeguata pubblicizzazione;

b) per lavori di importo complessivo anche superiore a 500.000 euro, nel caso di ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa, qualora per motivata urgenza attestata dal responsabile unico del procedimento si rendano incompatibili i termini imposti dalle altre procedure di affidamento degli appalti;

c) per lavori di importo complessivo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento a soggetti, singoli o raggruppati, scelti dalla stazione appaltante, che deve comunque verificare la sussistenza dei requisiti richiesti dalla normativa e motivare l'individuazione del contraente in relazione alle prestazioni da affidare;

d) per lavori relativi a lotti successivi di progetti generali approvati, consistenti nella ripetizione di opere similari affidate all'impresa titolare del primo appalto, a condizione che tali lavori siano conformi al progetto generale, che il lotto precedente sia stato aggiudicato con procedure aperte o ristrette e che negli atti di gara del primo appalto sia stato esplicitamente previsto l'eventuale ricorso a tale procedura e sia stato considerato anche l'importo successivo al fine dell'applicazione della normativa comunitaria; il ricorso a tale procedura è limitato al triennio successivo all'ultimazione del lavoro dell'appalto iniziale.

3. Per i lavori indicati all'articolo 1, comma 1 e 2, i lavori in economia sono ammessi fino all'importo di 300.000 euro per particolari tipologie individuate con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa intesa in sede di Conferenza unificata

di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, ovvero nei casi di somma urgenza nei quali ogni ritardo sia pregiudizievole alla pubblica incolumità e alla tutela del bene e possono essere eseguiti:

a) in amministrazione diretta;

b) per cottimo fiduciario.

I lavori in amministrazione diretta si eseguono a mezzo del personale dell'amministrazione aggiudicatrice.

Il cottimo fiduciario si attua tramite procedura negoziata.

4. Per i lavori indicati all'articolo 1, comma 1 e 2, è ammissibile l'affidamento a trattativa privata al soggetto esecutore di un appalto, di lavori complementari non figuranti nel progetto inizialmente approvato o nell'affidamento precedentemente disposto, i quali siano diventati, a seguito di circostanze imprevedibili, necessari alla realizzazione dell'intervento complessivo, sempreché tali lavori non possano essere separati dall'appalto principale senza gravi inconvenienti tecnici o economici per l'amministrazione, oppure, quantunque separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento. L'importo di detti lavori complementari non può comunque complessivamente superare il cinquanta per cento di quello dell'appalto principale.

5. Per i lavori indicati all'articolo 1, comma 1 e 2, il ricorso alla licitazione privata semplificata di cui all'articolo 23 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, è consentito fino all'importo complessivo di 1.500.000 euro.

Secondo l'art. 7 d. lgs. n. 30 del 2004, l'affidamento a trattativa privata è ammesso, nel rispetto di adeguata pubblicità, trasparenza, imparzialità, garantiti mediante comunicazione all'Osservatorio regionale lavori pubblici regionale, per lavori non superiori a 500.000 (per i beni mobili) mediante *gara informale, alla quale devono essere invitate almeno quindici concorrenti, se sussistono in tal numero soggetti qualificati all'appalto*. La trattativa privata è ammessa per lavori di importo inferiore a 40.000 per i beni mobili (lett. b, primo comma) e per i beni immobili (lett. c) secondo comma) mediante affidamento a soggetti scelti dalla stazione appaltante, che deve comunque verificare la sussistenza dei requisiti previsti dalla normativa e *motivare* la individuazione dell'altro contraente in relazione alle prestazioni.

Per i lavori relativi a *lotti successivi* di progetti generali approvati, consistenti nella ripetizione di *opere similari* affidate all'impresa titolare del primo appalto, l'affidamento ulteriore è possibile a condizione che i lavori siano *conformi al progetto generale*, che il *lotto precedente sia stato affidato con procedure aperte o ristrette* e che negli atti di gara del primo appalto sia stato esplicitamente previsto il ricorso eventuale a tale procedura e *sia stato considerato l'importo successivo* ai fini dell'applicazione della normativa comunitaria. Il ricorso a tale procedura è inoltre limitato al *triennio* successivo alla ultimazione del lavoro dell'appalto iniziale (lett. c primo comma per beni mobili e lett. d secondo comma per gli immobili).

Per i beni *immobili* la trattativa privata è ammessa alle stesse condizioni di cui alla disciplina per i beni mobili; anche, tuttavia, per lavori di importo complessivo *superiore* a 500.000, nel caso di ripristino di opere già esistenti e funzionanti danneggiate e rese inutilizzabili da eventi *imprevedibili* di natura calamitosa, qualora i termini imposti da altre procedure di affidamento, secondo valutazione di *motivata urgenza* del responsabile unico del procedimento, si rendano incompatibili.

La disposizione prevede un generale innalzamento delle soglie previste dall'art. 24 per il ricorso alla trattativa privata (commi 1 e 2), e per i lavori in economia (comma 3) e dall'art. 23 per l'effettuazione della licitazione privata semplificata (comma 4).

Per contro, l'individuazione dei presupposti che legittimano la procedura negoziata di affidamento è stata mantenuta in linea con la disciplina comune vigente, talvolta rendendola

più rigorosa, così come la proporzione tra i valori delle soglie previsti per le diverse fattispecie.

Si tratta di una scelta che tiene conto delle difficoltà operative delle stazioni appaltanti e della inadeguatezza dei risultati ottenuti tanto nei casi in cui si è fatto ricorso all'affidamento latamente discrezionale, quanto nei casi in cui sono stati applicati sistemi di individuazione del contraente basati su automatismi valutativi (cfr. De Felice).

La conferma della *centralità delle procedure negoziate* nel settore dei beni culturali è accompagnata dalla espressa previsione della necessità del rispetto dei principi di adeguata pubblicità, trasparenza ed imparzialità, che si traduce anzitutto in oneri di comunicazione agli Osservatori regionali –testo Conferenza Unificata, anche al fine di prevenire eventuali perplessità da parte degli organi comunitari (*alla luce del dibattito sviluppatosi sulla vigente normativa comune in tema di individuazione del contraente sotto la soglia di integrale rilevanza comunitaria*).

Si ricorda la c.d. circolare Buttiglione n. 8756/2002, che ha rammentato come i principi di non discriminazione, libera circolazione dei servizi e delle merci e la libertà di stabilimento, oltre che quello primario di concorrenza, sintesi della uguaglianza e della libertà di iniziativa economica, comportino l'obbligo di rispettare la *par condicio* e i principi in materia **anche per gli appalti sottosoglia**.

La disposizione del comma 4 riproduce, estendendola ai beni immobili, la previsione dell'art. 24, comma 7-bis, della legge, relativa alla possibilità di affidamento in prosecuzione di lavori complementari, non prevedibili ma tuttavia necessari alla realizzazione dell'intervento, nei limiti del cinquanta per cento dell'importo già affidato (lavori che non possano essere separati senza gravi inconvenienti tecnici o economici per l'amministrazione oppure, pur se separabili dalla esecuzione dell'appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento).

Occorre ricordare che la specifica natura del patrimonio storico-artistico da tutelare richiede una *omogeneità e continuità nell'esecuzione* degli interventi di restauro (ad esempio: ripresa di tessiture murarie, stilatura di giunti, composizione di malte e trattamento delle superfici e colori di intonaco, ecc.), come anche la *frequente presenza di opere provvisoriale e ponteggi*.

Rispetto alla disposizione vigente, tra i presupposti *dell'affidamento in prosecuzione*, è stata eliminata il riferimento all'impossibilità di separare i lavori da quelli oggetto dell'appalto principale senza pregiudizio per l'appaltatore: previsione che ha suscitato perplessità.