

La disciplina nazionale in materia di appalti di forniture aventi rilievo comunitario
(Articolo di Francesco Ferruccio Pittaluga 28.09.2004)

La disciplina nazionale di recepimento in materia di appalti di forniture aventi rilievo comunitario
Dott. Francesco Ferruccio Pittaluga
(Funzionario Direttivo Amministrativo in Savona)

AMBITO OGGETTIVO DI APPLICAZIONE

I valori soglia.

Le disposizioni di cui al D. Lgs. 358/1992 e ss.mm.ii. (in seguito semplicemente "decreto") si applicano agli appalti pubblici di forniture il cui valore stimato, al momento della pubblicazione del bando di gara, sia:

1. uguale o superiore al controvalore in euro di 200.000 D.S.P., esclusa l'I.V.A., nella generalità dei casi;
2. uguale o superiore al controvalore in euro di 130.000 D.S.P., sempre esclusa l'I.V.A., qualora soggetto aggiudicatore sia:
 - o una delle amministrazioni di cui all'allegato 1 al decreto, ossia un Ministero ovvero la Presidenza del Consiglio dei Ministri;
 - o l'Amministrazione della Difesa, ma limitatamente ai prodotti indicati nell'allegato 2 al decreto.

Qualora, infatti, committente sia il Ministero della Difesa ma la fornitura si riferisca a prodotti diversi da quelli di cui al citato allegato 2, il valore soglia per l'applicazione del decreto è quello di cui alla precedente lett. a), ossia il controvalore in euro di 200.000 D.S.P., esclusa l'I.V.A.,

Ai fini della determinazione del valore soglia, ogni biennio viene pubblicato in G.U.C.E. il controvalore in euro di un D.S.P.; tale determinazione ha efficacia biennale con decorrenza dal primo giorno del secondo mese successivo alla pubblicazione ovvero dalla diversa data eventualmente precisata.

Il Ministro dell'Interno provvede poi, nei 15 giorni successivi, alla ripubblicazione sulla G.U. italiana del medesimo atto di determinazione.

E' da ritenere, da una interpretazione letterale della norma, che la pubblicazione valevole ai fini dell'efficacia del valore di cambio sia quella operata sulla G.U.C.E., rivestendo la pubblicazione "nazionale" valore di mera pubblicità notizia.

Nozione di "pubblica fornitura" (art. 2)

Il decreto, conformemente all'art. 1 della direttiva 93/36/CE, qualifica come pubblica fornitura il contratto:

1. a titolo oneroso;
2. concluso in forma scritta;
3. intercorrente fra un fornitore ed una amministrazione o un ente aggiudicatore previsto dal decreto stesso;

4. avente ad oggetto:
- l'acquisto;
 - la locazione;
 - la locazione finanziaria;
 - l'acquisto a riscatto con o senza opzioni per l'acquisto.

Le categorie negoziali previste dal decreto devono essere interpretate in modo estensivo, con conseguente applicazione delle relative disposizioni anche a tipologie negoziali aventi *nomen juris* differente ma causa ed oggetto identici¹.

A tale conclusione è giunta la giurisprudenza, estendo il concetto di locazione fino a farvi rientrare l'affitto di un bene produttivo, negozio che, secondo il nostro diritto civile interno, non costituisce altro che una *sub-specie* di locazione caratterizzata dal fatto che l'oggetto contrattuale, ossia il bene oggetto della prestazione, è un bene produttivo.

Modalità di computo del corrispettivo contrattuale ai fini della determinazione del valore stimato.

Ai fini della determinazione del valore del contratto, necessaria per stabilire se ad esso possano essere applicate le disposizioni del decreto ovvero le sole disposizioni "nazionali", è necessario procedere per *step*.

In particolare, occorre:

1. anzitutto, determinare il valore della prestazione negoziale;
2. in seconda battuta, accertare se si tratti di appalti:
 1. aventi durata determinata e concernenti la locazione, la locazione finanziaria o l'acquisto a riscatto di prodotti.

In tale ipotesi (che, come si nota, non trova applicazione in ordine ai contratti di compravendita o somministrazione), bisogna ancora discernere a seconda che la durata contrattualmente pattuita sia:

- uguale inferiore a 12 mesi, nel qual caso il valore di riferimento è pari al valore totale di stima per la durata del contratto;
 - superiore a 12 mesi, nel qual caso il valore totale di riferimento deve comprendere (e dunque essere maggiorato) dell'importo stimato del valore residuo, ossia del valore che il bene avrà al momento della cessazione degli effetti contrattuali²;
2. aventi durata indeterminata ovvero di dubbia determinazione.

In questo caso (a differenza del precedente, applicabile anche e soprattutto alle somministrazioni di beni) il valore di riferimento viene determinato riducendo a mese l'importo contrattualmente previsto e poi moltiplicando il quoziente ottenuto per il coefficiente fisso di 48;

3. aventi carattere di regolarità o che siano destinati ad essere rinnovati nel corso di un periodo determinato.

Per tale caso, il valore di riferimento viene calcolato:

- qualora l'esercizio di bilancio sia pari a 12 mesi, in misura pari al valore complessivo dei contratti analoghi conclusi nel corso dei 12 mesi o dell'esercizio immediatamente precedente corretto, per quanto possibile, tenendo conto delle modifiche in termini di quantità o di valore prevedibili con riguardo ai 12 mesi immediatamente successivi al contratto iniziale;
- qualora l'esercizio di bilancio sia superiore a 12 mesi, in misura pari al costo stimato complessivo dei contratti aggiudicati nei 12 mesi immediatamente successivi alla prima esecuzione contrattuale nel corso dell'esercizio stesso³.

In ogni caso, questi due criteri non possono essere usati in modo fraudolento al fine di impedire l'applicazione della normativa nazionale di recepimento.

Sul tema della rinnovabilità dei contratti sottoscritti dalle Pubbliche Amministrazioni, occorre comunque rammentare la necessità di rispettare le disposizioni di cui all'art. 44 L. 724/1994 in materia di divieto di rinnovo tacito dei contratti⁴;

4. relativi a forniture omogenee e comunque idonei a dar luogo a contratti aggiudicati contemporaneamente per lotti distinti.

In tale caso, deve essere preso come valore di riferimento il valore di stima della totalità dei lotti.

Da notare come tale disposizione faccia naturale *pendant* con quella di cui all'articolo 3 comma 2 che prevede il divieto di artificioso frazionamento della fornitura in lotti al fine di sottrarre il contratto all'applicazione del decreto⁵;

5. che prevedano espressamente l'esercizio di diritti di opzione.

Qui, il valore di riferimento è determinato sommando all'importo totale massimo autorizzato quello previsto per il ricorso alle opzioni.

In sostanza, il valore di stima viene determinato sommando all'importo risultante dall'applicazione di una delle disposizioni appena sopra esaminate, un importo pari al valore del diritto di opzione contrattualmente previsto.

Le forniture escluse dall'ambito di applicazione del decreto.

E' espressamente previsto che siano sottratte all'applicazione del decreto le forniture:

- da assegnarsi nei settori e con le modalità di cui al D. Lgs. 158/1995 e ss.mm.ii., ossia rientranti nei c.d. "settori esclusi" ai sensi delle direttive 90/531/CE e 93/38/CE;
- di cui all'art. 8 comma 1 lettere b), c) ed f) del D. Lgs. 158/1995 e ss.mm.ii.⁶;

- dichiarate segrete o la cui esecuzione richiede misure speciali di sicurezza, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti o quando lo esiga la protezione degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato;
- regolate da norme procedurali diverse e da aggiudicarsi;
- in base ad un accordo internazionale concluso, in conformità al Trattato U.E., con uno o più Paesi terzi e riguardante forniture destinate alla realizzazione o all'utilizzazione comune di un'opera da parte degli Stati firmatari (salva comunicazione di tale accordo alla Commissione Europea a cura del Ministero degli Affari Esteri);
- ad imprese di uno Stato membro o di un Paese terzo in base ad un accordo internazionale concluso in relazione alla presenza di truppe di stanza;
- in base alla particolare procedura di un'organizzazione internazionale;
- le forniture riguardanti, nel settore della difesa, la fabbricazione o il commercio di armi, munizioni e materiali bellico di cui all'elenco deliberato dal Consiglio delle C.E. ai sensi dell'art. 223, paragrafo 2, del Trattato.

Non rientrano in tale eccezione - e pertanto rientrano nel campo di applicazione del decreto, ricorrendone ovviamente gli altri presupposti dal medesimo previsti, le forniture relative a prodotti pur rientranti nella tipologia sopra richiamata che non siano destinati a fini specificamente militari.

I contratti misti.

Il legislatore comunitario, e per conseguenza quello nazionale, hanno espressamente previsto la possibilità che un appalto pubblico di fornitura concorra con un appalto di servizi e/o di opera pubblica.

Anzitutto, il caso del concorso è previsto dall'art. 1 comma 1 del decreto, laddove è espressamente previsto i lavori necessari all'installazione dei beni forniti siano ricompresi - salvo il caso che si dirà immediatamente in seguito - nella nozione di "fornitura".

Nel caso, però, in cui il valore economico di tali lavori di installazione superi il 50% dell'importo complessivo del contratto ovvero nel caso in cui il contratto di appalto di fornitura concorra con un appalto di servizi ovvero un appalto di opera pubblica il cui valore complessivo sia superiore al 50% dell'importo complessivo del contratto, le disposizioni del decreto non possono trovare applicazione.

In particolare:

- nel caso in cui il valore della prestazione riconducibile all'appalto di opera pubblica sia superiore al 50% dell'intero importo contrattuale, trova applicazione la L. 109/1994 e ss.mm.ii. giusta quanto previsto dall'art. 2 comma 1 di questa⁷;
- nel caso in cui, invece, abbia valore prevalente la prestazione costituente appalto di servizi, trova applicazione il D. Lgs. 157/1995 e ss.mm.ii. ai sensi dell'art. 3 comma 4 del medesimo.

AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE

Nozione di amministrazioni aggiudicatrici.

La giurisprudenza comunitaria ha, nel corso degli anni, introdotto un concetto di "amministrazione aggiudicatrice", cui applicare le disposizioni specificamente volte alla tutela della concorrenza ed all'apertura del mercato interno, significativamente diverso - e più ampio - di quello conosciuto dal diritto interno.

Nel corso degli anni, peraltro, la conformazione del nostro ordinamento interno al diritto comunitario ha comportato una sostanziale equiparazione dei due, nel senso che i concetti propri del secondo sono stati fatti propri dal primo anche in relazione ai contratti non superanti la soglia di rilievo comunitario.

Ad ogni modo, per quanto concerne l'appalto pubblico di forniture, l'ambito soggettivo di applicazione è stabilito dall'art. 1 comma 3 del decreto, il quale vi fa rientrare:

- le amministrazioni dello Stato, con esclusione dell'Amministrazione dei Monopoli per le sole forniture di sali e tabacchi;
- le Regioni, le province autonome, gli enti pubblici territoriali ed i loro consorzi o associazioni;
- gli altri enti pubblici non economici;
- gli organismi di diritto pubblico.

Questi ultimi vengono specificamente definiti come quegli organismi:

- dotati di personalità giuridica, non importa se di diritto pubblico o privato;
- istituiti per soddisfare specifiche finalità di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale;
- la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle Regioni, dagli enti locali, da altri enti pubblici o organismi di diritto pubblico ovvero la cui gestione sia sottoposta al controllo o i cui organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza siano costituiti, almeno per la metà, da componenti designati dai medesimi soggetti pubblici.

Al fine di consentire all'interprete una prima e più agevole interpretazione di tale disposizione, l'allegato 3 al decreto contiene un elenco non esaustivo degli organismi di diritto pubblico riconosciuti dal nostro ordinamento⁸.

Come espressamente riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria⁹, la direttiva 93/36/CE (e, pertanto, le disposizioni del decreto) trova applicazione anche allorché il contratto di fornitura sia stipulato con un ente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che tale ulteriore ente possa essere esso stesso qualificato amministrazione aggiudicatrice ai sensi della normativa comunitaria.

Particolare è la posizione in cui si vengono a trovare le amministrazioni comunali o comunque locali che hanno provveduto a costituire società di capitali di cui detengono la totalità o la maggioranza del pacchetto azionario.

In questi casi, la giurisprudenza maggioritaria¹⁰, anche comunitaria¹¹ - salvo un recente *revirement* del Consiglio di Stato¹², che ha ritenuto opportuno investire della questione la Commissione di Giustizia della C.E. - ritiene che le amministrazioni locali possano procedere all'affidamento diretto della

fornitura *in house* a favore delle società di cui detengano la totalità o la maggioranza del capitale sociale e ciò in quanto si tratta di società che vengono istituite al fine specifico di soddisfare le esigenze dell'amministrazione titolare della partecipazione.

Tali società, pertanto, vengono considerate, nonostante la loro separata personalità giuridica, come *longa manus* dell'amministrazione locale tanto da fare considerare l'affidamento dell'appalto a tale società come una sorta improprio affidamento "in economia" alle proprie strutture.

Nel caso, invece, di società di capitali a partecipazione locale minoritaria, la giurisprudenza ritiene che l'affidamento diretto possa avvenire solo a condizione che il socio di maggioranza sia stato scelto con le procedure di selezione concorsuale previste dal d.P.R. 533/1996 e ss.mm.ii., ossia con una procedura che abbia comunque consentito - seppure in un momento antecedente all'affidamento dell'appalto - un confronto concorsuale fra più soggetti "offerenti".

Deve, nondimeno, essere sottolineato come la recentissima direttiva 2004/18/CE prevede la possibilità dell'affidamento "in house" solo relativamente agli appalti pubblici di servizi, tacendo, invece, riguardo agli appalti di pubblici servizi e di opere pubbliche.

LA PUBBLICITA' DELLE GARE

I gradi di pubblicità previsti dalla disposizione di recepimento.

Il decreto delinea un sistema pubblicitario articolato su tre livelli obbligatori, oltre ad un quarto livello eventuale:

1. il primo, preventivo generale, si sostanzia nell'obbligo di pubblicare un bando di gara indicativo (detto anche avviso di preinformazione).

A tale adempimento, da ottemperare "non appena possibile dopo l'inizio dell'esercizio finanziario", non sono tenute tutte le amministrazioni aggiudicatrici, ma solo quelle che intendano affidare forniture di rilievo comunitario, nel corso dei 12 mesi successivi, per un valore di stima pari o superiore a 750.000 euro.

Il bando di gara indicativo deve essere redatto in conformità a quanto previsto dall'allegato 4 - lettera D) al decreto e deve indicare le forniture distinte per settore di prodotti, con riferimento alle voci della nomenclatura "classificazione dei prodotti associati alle attività (C.P.A.)" di cui al regolamento CEE n. 3696/93 del Consiglio del 29 ottobre 1993 e ss.mm.ii..

La pubblicazione del bando di preinformazione, allorché obbligatoria, oltre a costituire condizione di legittimità della successiva aggiudicazione degli appalti "comunitari", costituisce requisito indispensabile al fine di fruire della riduzione dei termini di ricezione delle offerte in caso di pubblico incanto e di licitazione privata.

2. il secondo, preventivo per singola gara, prevede l'obbligo di pubblicare un bando di gara¹³, conforme ai modelli di cui all'allegato 4 - lettere A), B) e C) del decreto.

Tale obbligo, peraltro, sussiste nei soli in cui la stazione committente intenda aggiudicare l'appalto di fornitura mediante le procedure:

- del pubblico incanto;

- della licitazione privata;
- dell'appalto concorso;
- della trattativa privata, ma nel solo caso in cui sia prevista la previa pubblicazione del bando di gara.

Il bando di gara costituisce *lex specialis* e, come tale, è vincolante sia per il concorrente sia, soprattutto, per l'amministrazione la quale non può evitare di dare compiuta applicazione alle sue disposizioni nemmeno nel caso in cui siano viziate da illegittimità.

In tale ipotesi, infatti, dovrebbe più correttamente annullare in via di autotutela gli atti di gara, ed in particolare il bando, e procedere ad una nuova indizione.

In particolare, il bando di gara deve indicare, in particolare:

- l'oggetto dell'appalto ed il valore della fornitura;
 - i requisiti professionali, economico-finanziari e tecnici richiesti per la partecipazione alla gara;
 - le modalità per la presentazione delle offerte;
 - la procedura per la scelta del contraente e, nel caso in cui sia stata decisa l'adozione delle procedure della licitazione privata, dell'appalto-concorso o della trattativa privata, il numero minimo e massimo di concorrenti da invitare alla gara;
 - il criterio di aggiudicazione e, nel caso in cui venga scelto quello dell'affidamento a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche l'eventuale ammissibilità delle varianti (salva la precisazione, in sede di capitolato d'onere, dei requisiti minimi che esse devono rispettare e le modalità per la loro presentazione);
3. il terzo, successivo all'espletamento della gara, si sostanzia nell'obbligo di pubblicare un avviso di aggiudicazione, contenente le notizie di cui all'allegato 4 - lettera E) al decreto;
4. il quarto, talvolta contestuale e talvolta successivo all'espletamento della gara, si caratterizza per il fatto di non essere diretto *erga omnes* ma, all'opposto, nei confronti di destinatari determinati.

L'amministrazione procedente infatti - entro 15 giorni dal ricevimento di apposita istanza in tal senso - comunica ai concorrenti che lo richiedano:

- il motivo del rigetto della loro domanda di invito o della loro offerta;
- e, limitatamente a quelli che abbiano presentato offerte selezionabili, le caratteristiche ed i vantaggi propri dell'offerta e del concorrente aggiudicatario¹⁴.

L'amministrazione è anche tenuta a comunicare, ai concorrenti che lo richiedano per iscritto, i motivi che l'hanno determinata a rinunciare all'aggiudicazione o ad avviare una nuova procedura, con obbligo, in tale caso, a partecipare la decisione anche all'ufficio pubblicazioni della U.E..

In tutti i casi di pubblicità-comunicazione sopra menzionati, l'art. 5 comma 3 e l'art. 21 comma 2 del decreto, è previsto che l'amministrazione procedente possa omettere la comunicazione di tutte le informazioni che siano:

- di ostacolo all'applicazione di norme di legge;
- contrarie al pubblico interesse;
- lesive di interessi commerciali legittimi di imprese pubbliche o private;
- pregiudizievoli per la concorrenza fra fornitori.

Le modalità per operare la pubblicità "comunitaria".

Compiutamente disciplinate sono le modalità di pubblicazione delle informazioni di cui ai primi tre punti sopra citati.

Ferme restando, infatti, le ulteriori disposizioni previste dalla legislazione interna nazionale - se ed in quanto prevedenti discipline idonee ad assicurare un maggiore conoscenza dei bandi -, è previsto che la pubblicazione debba essere effettuata:

1. mediante invio all'ufficio delle pubblicazioni ufficiali della U.E..

L'invio è diretto a consentire a tale ufficio - come previsto dall'art. 9 commi 6 e 7 della direttiva 93/36/CE - la pubblicazione per esteso del bando o dell'avviso sulla G.U.C.E..

La pubblicazione avviene - relativamente all'avviso di preinformazione ed all'avviso di aggiudicazione - mediante pubblicazione nelle lingue ufficiali della Comunità, con l'avvertenza, però, che solo il testo espresso nella lingua originale dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce unico fidefacente.

In caso, invece, di pubblicazione del bando di gara, questo viene sempre pubblicato per esteso nella sola lingua originale dell'amministrazione aggiudicatrice - unica facente fede - e, per riassunto degli elementi più importanti, nelle altre lingue ufficiali della Comunità.

L'invio deve essere effettuato "il più rapidamente possibile"; nessun termine perentorio è dunque stabilito per l'adempimento di tale obbligo, ad eccezione del caso relativo all'invio dell'avviso di aggiudicazione, che deve, secondo l'espressa previsione dell'art. 5 comma 5 del decreto, essere inviato entro 48 giorni dall'avvenuta aggiudicazione;

2. mediante pubblicazione dei bandi nella G.U. della Repubblica Italiana e, per estratto, su almeno due quotidiani a carattere nazionale e su un quotidiano avente particolare diffusione nella regione in cui la gara viene svolta (ossia in cui ha sede l'amministrazione aggiudicatrice ovvero la struttura dipartimentale o organica che procede all'indizione della gara).

Questa pubblicità "nazionale" deve essere attuata dopo la spedizione dei bandi all'ufficio pubblicazioni ufficiali della U.E. (adempimento che deve, fra l'altro, essere espressamente menzionato) e non deve contenere elementi o notizie diversi da quelli in tal modo previamente comunicati.

Le diverse tipologie di procedure di affidamento.

La direttiva 93/36/CE, come modificata dalla successiva direttiva 97/52/CE, conosce tre distinte tipologie di procedure di affidamento:

Denominazione	Descrizione
Procedura aperta	La procedura nazionale nell'ambito della quale tutti i fornitori interessati possono presentare offerta.
Procedura ristretta	La procedura nazionale nell'ambito della quale possono presentare offerta solo i fornitori invitati dall'amministrazione.
Procedura negoziata	La procedura negoziale nell'ambito della quale l'amministrazione aggiudicatrice consulta i fornitori di sua scelta e negozia i termini del contratto con uno o più di essi.

Forte della distinzione già da tempo invalsa in ambito nazionale, il decreto parafrasi tali definizioni distinguendo quattro diverse tipologie di procedimenti di aggiudicazione:

Denominazione	Descrizione
Pubblico incanto	La procedura aperta in cui ogni impresa interessata può presentare offerta.
Licitazione privata	La procedura ristretta alla quale partecipano solo le imprese invitate dall'amministrazione aggiudicatrice.
Appalto-concorso	La medesima procedura ristretta di cui al punto precedente nella quale il candidato redige, in base alla richiesta formulata dall'amministrazione aggiudicatrice, il progetto della fornitura ed indica le condizioni ed i prezzi ai quali è disposto ad eseguirla.
Trattativa privata	La procedura negoziata in cui l'amministrazione aggiudicatrice consulta le imprese di propria scelta e negozia con una o più di esse i termini del contratto.

L licitazione privata e l'appalto concorso rientrano entrambe nella definizione di "procedura ristretta".

Pubblico incanto (procedura aperta).

Il pubblico incanto altro non è se non l'asta pubblica di nazionale memoria¹⁵.

Deve essere preceduta dalla pubblicazione del bando di gara e non può essere stabilito, per la ricezione delle offerte, un termine inferiore a 52 giorni decorrenti dalla spedizione di questo (all'ufficio pubblicazioni della U.E.).

Tale termine, peraltro, può essere ridotto a:

- fino a 36 giorni dalla spedizione;
- ovvero, in casi eccezionali, fino a 22 giorni dalla spedizione;

a condizione, però, che sia stato debitamente inviato l'avviso di preinformazione, completo di tutte le informazioni previste, almeno 52 giorni prima della data di spedizione del bando di gara e comunque da non oltre un anno rispetto a tale data.

In ogni caso, il termine ridotto deve essere idoneo a consentire la presentazione di offerte valide.

Per quanto riguarda le richieste di informazioni e di documentazione provenienti dai soggetti potenzialmente interessati, è stabilito che:

- i capitolati d'oneri ed i documenti complementari, qualora richiesti in tempo utile, debbano essere inviati ai soggetti interessati entro 6 giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta;
- le informazioni complementari ai capitolati d'oneri debbano essere comunicate almeno 6 giorni prima del termine ultimo stabilito per la ricezione delle offerte.

Peraltro, qualora la mole dei capitolati d'oneri, dei documenti o delle informazioni ad essi complementari sia tale da non consentire il rispetto di questi termini di comunicazione ovvero quando le offerte possano essere presentate solo a seguito di accesso e visita dei luoghi o consultazione presso gli uffici dell'amministrazione aggiudicatrice dei documenti allegati al capitolato d'oneri, il termine per la presentazione delle offerte (previsto ordinariamente in 52 giorni) deve essere adeguatamente prorogato¹⁶.

Per quanto riguarda le modalità di presentazione delle offerte, queste devono avere forma a scritta e possono essere recapitate direttamente o a mezzo posta. Le singole amministrazioni aggiudicatrici, nondimeno, possono consentire altre modalità di presentazione a condizione che:

- includano tutte le informazioni necessarie alla loro valutazione;
- rimangano riservate in attesa della loro valutazione;
- se necessario, siano conservate al più presto per iscritto o mediante invio di copia autenticata;
- vengano aperte dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione.

*Licitazione privata ed appalto-concorso (procedura ristretta),
trattativa privata (procedura negoziata)*

Per quanto concerne le altre procedure, la gara si articola in due fasi:

1. una prima, prevista per i casi di licitazione privata, di appalto-concorso e di trattativa privata, detta di prequalificazione, finalizzata a consentire all'amministrazione di scegliere i soggetti da cui ricevere offerta o da contattare direttamente.

In questa fase, il termine per la ricezione delle domande di partecipazione non può essere inferiore a 37 giorni decorrenti dalla spedizione del bando di gara all'ufficio pubblicazioni della U.E..

La domanda di partecipazione può essere inviata mediante lettera, telegramma, telex, telefono o telecopia. In ogni caso, se non inoltrate lettera, deve essere confermata per iscritto con nota da spedirsi non oltre il termine stabilito per la presentazione della domanda stessa.

Pertanto, qualora l'amministrazione ritenga tali termini inadeguati, può stabilire un termine non inferiore a 15 giorni dalla spedizione del bando di gara;

2. una seconda, prevista per i soli casi di licitazione privata e di appalto-concorso, costituente la gara vera e propria, è diretta a selezionare la migliore offerta.

È infatti previsto che, dopo aver ricevuto le domande di partecipazione, l'amministrazione inviti simultaneamente e per iscritto a presentare le rispettive offerte - con nota contenente le indicazioni di cui all'allegato 6 del decreto e corredata del capitolato d'onere e dei documenti complementari - tutti i candidati prescelti.

L'amministrazione può predeterminare i numeri minimo e massimo di fornitori che intende effettivamente invitare alla gara.

In tali casi, i limiti - che devono essere espressamente indicati in sede di bando di gara - sono definiti in base alla natura della prestazione da fornire ed il minimo non può essere inferiore a 5 e quello massimo non può essere, almeno di norma, superiore a 20. In ogni caso deve trattarsi di un numero idoneo a garantire una effettiva concorrenza.

Il termine stabilito per la presentazione delle offerte non può essere inferiore a 40 giorni dalla data di spedizione della lettera invito, salva riduzione fino a 26 giorni allorché sia stato inviato l'avviso di preinformazione all'ufficio pubblicazioni della U.E. almeno 52 giorni prima della spedizione del bando di gara (e non della lettera invito) e comunque da non oltre un anno tale data.

Anche in questo caso, come nel pubblico incanto, le eventuali richieste di documentazione devono essere soddisfatte entro 6 giorni lavorativi.

Pertanto, qualora l'amministrazione ritenga tali termini inadeguati, anche se eventualmente ridotti, può stabilire, per la ricezione delle offerte, un termine non inferiore a 10 giorni dalla spedizione delle lettere invito.

Per quanto più specificamente concerne la trattativa privata, le sopra richiamate disposizioni in materia di termini per la ricezione delle domande di partecipazione trovano applicazione nei soli casi in cui questa procedura sia proceduta dalla pubblicazione del bando di gara.

La successiva fase, ossia quella dell'invio delle lettere invito e della ricezione delle relative offerte, non è prevista per il semplice fatto che, nella procedura negoziata, è l'amministrazione a scegliere i soggetti da consultare e quello o quelli con i quali negoziare i termini del contratto finale.

Ad ogni modo, la trattativa privata deve essere preceduta dalla previa pubblicazione del bando di gara qualora, nel corso di una procedura aperta o ristretta, siano state presentate unicamente:

- offerte irregolari;
- ovvero offerte inaccettabili per violazione delle disposizioni del decreto relative ai R.T.I. o alle varianti al progetto iniziale.

Anche ricorrendo tali ipotesi, peraltro, la trattativa privata è esperibile unicamente qualora le condizioni iniziali della fornitura non risultino modificate¹⁷.

Nondimeno, anche in questi casi l'amministrazione può procedere a trattativa privata senza previa pubblicazione del bando invitando alla trattativa tutte le imprese che - avendo i requisiti previsti dal bando e dal decreto - abbiano presentato, in occasione della precedente gara, offerta conforme ai requisiti formali della procedura esaurita.

In ogni caso, la trattativa privata può essere esperita senza previa pubblicazione del bando di gara (art. 9 comma 4 del decreto):

- quando non vi è stata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata dopo l'esperimento di una procedura aperta o negoziata, purché le condizioni iniziali della fornitura non siano sostanzialmente modificate.

Ricorrendo tali casi, l'amministrazione aggiudicatrice deve trasmettere alla Commissione della U.E. apposita relazione esplicativa:

- per i prodotti fabbricati a puro scopo di ricerca, di prova, di studio o di messa a punto, a meno che non si tratti di una produzione in quantità sufficiente ad accertare la redditività del prodotto o a coprire i costi di ricerca e messa a punto;
- per le forniture la cui fabbricazione o consegna può essere affidata, a causa di particolarità tecniche, artistiche o per ragioni inerenti alla protezione dei diritti di esclusiva, unicamente ad un fornitore determinato;
- nella misura strettamente necessaria, quando l'eccezionale urgenza¹⁸ risultante da avvenimenti imprevedibili per l'amministrazione non sia compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte o ristrette o dalla trattativa privata con previa pubblicazione del bando;
- per le forniture complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o impianti d'uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora la sostituzione del fornitore obblighi l'amministrazione ad acquistare materiale di tecnica differente il cui impiego o manutenzione comporti incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate¹⁹.

Ricorrendo tale ipotesi, la durata del contratto concluso a trattativa privata non può essere superiore a 3 anni.

Nei casi in cui sia ammesso il ricorso alla trattativa privata, l'amministrazione deve invitare alla gara almeno 3 concorrenti, purché esistenti in tal numero (art. 17 comma 3 decreto)²⁰. Tale previsione, peraltro, è da coordinare con quanto disposto dall'art. 24 comma 5 della L. 289/2002 (ancora in vigore nonostante le abrogazioni intervenute nel corso del tempo delle altre disposizioni di cui al medesimo art. 24), in forza del quale le amministrazioni possono fare ricorso alla trattativa privata solo in casi eccezionali e motivati e previo esperimento di documentata indagine di mercato²¹.

Soggetti esclusi dalla partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di contratti di fornitura.

L'art. 11 del decreto disciplina puntualmente i casi in cui le stazioni committenti possono procedere all'esclusione di un concorrente dalla gara.

L'esclusione è normalmente decisa dalla commissione esaminatrice a seguito dell'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa richiesta ai fini dell'ammissione alla gara e, pertanto, prima di aver valutato sia le offerte economiche sia (nei casi espressamente previsti) le offerte tecniche.

Peraltro, è possibile che una causa di esclusione sopraggiunga nel corso della procedura di affidamento ovvero venga scoperta dall'amministrazione procedente solo in un secondo momento. In tali casi, è ovviamente legittima l'emissione di un provvedimento amministrativo di esclusione dalla gara, provvedimento che avrà come effetto non la caducazione di ogni e qualunque precedente provvedimento valutativo dell'offerta e la non valutabilità della medesima nelle successive fasi del procedimento.

Qualora, invece, la presenza di una causa di esclusione sia scoperta successiva all'aggiudicazione e si riferisca al soggetto aggiudicatario, l'amministrazione procedente è tenuta ad emettere un provvedimento per il tramite del quale annulla l'atto di aggiudicazione (in via di autotutela), con conseguente obbligo di indire nuovamente la procedura selettiva; in tale ipotesi, come statuito dalla maggiore giurisprudenza, il conseguente contratto è colpito da nullità per carenza di un elemento essenziale (la volontà dell'amministrazione) ovvero, come sostenuto da un nuovo filone di giurisprudenza amministrativa, è automaticamente caducato²².

Peraltro, l'indizione di una nuova gara può apparire superflua qualora, già in sede di bando, l'amministrazione abbia previsto, per il ricorrere di tale ipotesi, l'affidamento del contratto al soggetto secondo classificato, a condizione, ovviamente, che vi sia un soggetto tale a seguito dell'espletamento della gara.

Ad ogni modo, le cause di esclusione previste dall'art. 11 del decreto devono essere integrate, per quanto riguarda l'ordinamento nazionale, da quelle di cui:

- all'art. 3 comma 3 del R.D. 2440/1923 ed all'art. 68 del R.D. 827/1924, disposizioni in forza delle quali sono escluse dalla possibilità di fare offerte "per tutti i contratti" (intendendosi per tali gli appalti di servizi, forniture ed opere pubbliche) le persone o le ditte che, nell'eseguire altra impresa, si siano rese colpevoli di negligenza o mala fede;
- alla vigente disciplina antimafia.

Venendo ad un esame più approfondito delle cause di esclusione previste dal decreto, l'art. 11 di questo prevede che non possano partecipare alle gare i fornitori:

1. che si trovino in stato di fallimento, liquidazione, amministrazione controllata, concordato preventivo o in qualsiasi altra situazione equivalente secondo la legislazione del Paese in cui sono stabiliti o a carico dei quali sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni ovvero versino in stato di sospensione dell'attività commerciale;
2. nei cui confronti sia stata pronunciata una condanna, con sentenza passata in giudicato, per qualsiasi reato che incida sulla loro moralità professionale o per delitti finanziari;
3. che nell'esercizio della propria attività professionale abbiano commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice;
4. che non siano in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali a favore dei lavoratori, secondo la legislazione italiana o quella del Paese in cui sono

stabiliti. In particolare, il D.L. 210/2002 (convertito in L. 266/2002), dispone espressamente l'obbligo per le imprese di presentare all'amministrazione aggiudicatrice una certificazione relativa alla propria regolarità contributiva.

5. che non siano in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse, secondo la legislazione italiana o del Paese in cui sono stabiliti;

6. che si siano resi gravemente colpevoli di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste per la dimostrazione di una delle situazioni precedenti ovvero della dimostrazione della presenza dei requisiti professionali, di capacità finanziaria, di capacità tecnica e di iscrizione agli elenchi ufficiali di fornitori.

Ancora, ai sensi di quanto previsto dal D.L. 210/2002, convertito in L. 266/2002, sono esclusi dalla partecipazione a gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici di forniture, servizi e lavori:

7. i soggetti che si avvalgono dei piani individuali di emersione dal lavoro sommerso, fino al momento della conclusione del periodo di emersione.

In considerazione del fatto che per la presentazione della domanda di emersione gli imprenditori avevano tempo fino a tutto il 15 maggio 2003 e che il periodo di emersione non può essere in alcun caso superiore a 3 anni, è ovvio che tale causa di esclusione dalla partecipazione alle gare indette dalle amministrazioni per l'aggiudicazione di appalti cesserà di avere efficacia dal 16 maggio 2006.

Per dimostrare l'inesistenza delle cause di esclusione di cui ai precedenti numeri 1), 2), 4) e 5), il decreto prevede che il concorrente possa produrre, a sua scelta:

- un certificato rilasciato dal competente ufficio nazionale o del Paese in cui è stabilito;
- ovvero una dichiarazione, rilasciata con le forme di cui agli attuali artt. 46 e 47 del d.P.R. 445/2000, che attesti, sotto la propria responsabilità, di non trovarsi in una di tali situazioni di esclusione.

Peraltro, qualora la legislazione del Paese di cui è cittadino o in cui è stabilito il concorrente non preveda il rilascio delle certificazioni sopra descritte ovvero nel caso in cui queste non contengano tutti i dati richiesti, potranno essere sostituite da una dichiarazione giurata resa dinanzi ad una autorità giudiziaria o amministrativa o ad un notaio o ad un organismo professionale autorizzati a riceverla secondo la legislazione del Paese stesso; se tale legislazione non prevede nemmeno il rilascio di una dichiarazione giurata, allora il concorrente potrà dimostrare l'assenza delle cause di esclusione sopra citate rilasciando, con le stesse forme appena viste, una dichiarazione solenne.

In realtà, a seguito dell'emanazione della L. 3/2003, la possibilità di autocertificazione è stata estesa a tutte le fattispecie in cui sia prevista la produzione di una certificazione o di altro tipo di attestazione concernenti le procedure di aggiudicazione e di affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorché regolate da leggi speciali.

Pertanto, a seguito dell'entrata in vigore di tale legge, i concorrenti potranno avvalersi delle disposizioni in materia di autocertificazione e dichiarazioni sostitutive per attestare l'assenza di tutte le cause di esclusione previste dall'art. 11 del decreto e dalle altre disposizioni citate nonché dei requisiti professionali, finanziario/economici e tecnici di cui al paragrafo successivo.

Requisiti professionali, finanziario/economici e tecnici dei concorrenti.

Alle gare per l'aggiudicazione di forniture possono partecipare tutti i soggetti in possesso dei requisiti richiesti, indipendentemente dal fatto di essere imprenditori individuali, società, consorzi o cooperative.

La possibilità, per l'aggiudicatario, di avvalersi del subappalto, assoggettato all'interno del nostro ordinamento a tutte le cautele previste dalla L. 55/1990 al fine di contrastare nella maniera più efficace possibile il fenomeno mafioso, è subordinata ad una specifica previsione in tal senso contenuta nel capitolato d'oneri e necessita dell'indicazione da parte del concorrente, direttamente in sede di offerta, delle parti di fornitura che intende subappaltare a terzi.

In ogni caso, il subappalto non fa venir meno la responsabilità dell'aggiudicatario nei confronti dell'amministrazione.

Per quanto riguarda, più nello specifico, i requisiti professionali, economico/finanziari e tecnici richiesti per la partecipazione, il decreto contiene specifiche previsioni all'uopo.

In particolare, l'art. 12 dispone che le amministrazioni possano subordinare ammettere gara al possesso solo i concorrenti in possesso di particolari requisiti professionali stabiliti in sede di bando, il possesso dei quali può essere fornito mediante dimostrazione dell'iscrizione:

- qualora si tratti di un cittadino italiano ovvero comunitario ma residente in Italia, nel registro della C.C.I.A.A. ovvero nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato;
- qualora si tratti di un cittadino comunitario residente in altro Stato membro, in uno dei registri professionali o commerciali indicati nell'allegato 7 al decreto.

In questi casi, peraltro, l'iscrizione deve essere provata con le modalità previste dalla legislazione interna dello Stato membro.

In alternativa, è prevista per il concorrente la possibilità di presentare una dichiarazione giurata o un certificato di conformità con tale allegato 7.

La possibilità di presentare il certificato *de quo*, da cui deve risultare che il soggetto "ha dichiarato sotto giuramento di esercitare la professione in questione nel Paese in cui è stabilito, in un luogo specifico e sotto un determinato nome o ragione sociale" è previsto, per i concorrenti residenti in uno dei Paesi elencati nell'allegato 7, a favore dei soli fornitori stabiliti nel Regno Unito e nel solo caso in cui non ottengano la certificazione di impresa "incorporated" o "registered" dai competenti uffici pubblici.

Qualora, invece, il concorrente risieda in un Paese non indicato nell'allegato 7, potrà attestare, sotto la propria responsabilità, che il certificato prodotto è stato rilasciato da uno dei registri professionali istituiti nel Paese di residenza, in alternativa, potrà presentare un certificato da cui risulti che ha dichiarato sotto giuramento di esercitare la professione in questione nel Paese di residenza, in un luogo specifico e sotto un determinato nome o ragione sociale.

Per quanto riguarda, invece, la dimostrazione del possesso della capacità finanziaria ed economica, le amministrazioni aggiudicatrici, in sede di bando di gara, conformemente a quanto previsto dall'art. 13 del decreto, non solo determinano i requisiti che i concorrenti devono possedere ai fini dell'ammissione, ma altresì stabiliscono quale tra i seguenti documenti:

- idonee dichiarazioni bancarie;
- bilanci o estratti di bilanci dell'impresa, ma solo nel caso in cui la loro pubblicazione sia prevista come obbligatoria da parte della legislazione dello Stato in cui il concorrente è stabilito;
- dichiarazioni concernenti il fatturato globale dell'impresa e l'importo relativo alle forniture identiche a quella oggetto della gara, realizzate negli ultimi tre esercizi²³;

devono presentare al fine di dare prova del loro possesso.

Le amministrazioni, peraltro, possono pretendere l'esibizione di ulteriore documentazione, seppur nel rispetto del divieto di discriminazione e comunque con l'obbligo di non rendere di fatto impercorribile la strada della partecipazione da parte di taluni soggetti o di tutti i soggetti stabiliti in uno o più Paesi dell'Unione.

E' in ogni caso previsto che qualora, per giustificati motivi, il concorrente non sia in grado di presentare le referenze richieste, possa comunque fornire prova del possesso dei requisiti economico-finanziari richiesti in sede di bando di gara mediante esibizione di qualsiasi altro documento ritenuto idoneo da parte dell'amministrazione²⁴.

Per quanto riguarda, in ultimo, la dimostrazione del possesso della capacità tecnica, anche in questo caso le amministrazioni, in sede di bando di gara (art. 14 del decreto) determinano i requisiti che i concorrenti devono possedere ai fini della partecipazione e stabiliscono con quale tra le seguenti modalità:

- elenco delle principali forniture effettuate durante gli ultimi tre anni, con il rispettivo importo, data e destinatario.

Qualora, peraltro, le precedenti forniture siano state rese a favore dei amministrazioni pubbliche o enti pubblici, possono essere provate dai certificati rilasciati o visti dalle medesime amministrazioni o enti.

Qualora, invece, si tratti di forniture rese a privati, è sufficiente la presentazione di una certificazione rilasciata dall'acquirente o, in mancanza, una semplice dichiarazione del concorrente.

- la descrizione dell'attrezzatura tecnica, delle misure adottate per garantire la qualità, nonché degli altri elementi di studio e di ricerca dell'impresa;
- indicazione dei tecnici e degli organi tecnici che facciano o meno parte integrante dell'impresa ed in particolare di quelli incaricati dei controlli di qualità;
- campioni, descrizioni o fotografie dei beni da fornire, la cui autenticità sia certificabile a richiesta dell'amministrazione;
- certificati stabiliti dagli istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo di qualità, riconosciuti competenti, i quali attestino la conformità dei beni con riferimento a determinati requisiti o norme;

può essere fornita la relativa prova.

Ai fini della garanzia di una effettiva concorrenza e ad impedire comportamenti "abusivi" da parte delle amministrazioni, è previsto (art. 14 comma 3 decreto) che le informazioni richieste ai fini

dell'accertamento della capacità economico-finanziaria e tecnica non possano andare oltre l'oggetto della fornitura e debbano comunque tenere conto dei legittimi interessi dei concorrenti relativi alla protezione dei loro segreti tecnici e commerciali.

L'art. 18 del decreto prevede la possibilità per le singole amministrazioni aggiudicatrici di istituire elenchi ufficiali di fornitori, in cui possono essere iscritti, a seguito della dimostrazione dell'assenza di cause di esclusione e della presenza dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica previsti dal decreto di recepimento, i fornitori che lo richiedano.

L'iscrizione ad un elenco ufficiale di fornitori ha conseguenze favorevoli di non poco rilievo per il concorrente il quale potrà partecipare, per tutto il periodo di validità dell'iscrizione, sia alle gare bandite dall'amministrazione che gestisce l'elenco sia alle gare bandite dalle altre amministrazioni aggiudicatrici, senza necessità di dare ulteriore dimostrazione dei requisiti la cui presenza è già stata vagliata anteriormente all'iscrizione nell'elenco.

In sostanza, l'inclusione nell'elenco costituisce *presunzione legale di idoneità* a partecipare ad una gara indetta per l'affidamento di una pubblica fornitura e, conseguentemente, l'amministrazione non potrà in alcun modo disattendere - per lo meno in sede di offerta, in quanto resta impregiudicato il diritto di operare i riscontri necessari prima di addivenire alla conclusione del contratto - l'iscrizione dichiarata.

Raggruppamenti temporanei di imprese (R.T.I.)

Oltre a soggetti singoli, società o imprenditori individuali, il decreto la presentazione di offerte da parte di raggruppamenti temporanei di imprese (R.T.I.)²⁵.

Questi - da tenere ben distinti dalle associazioni temporanee di imprese previste dalla L. 109/1994 e ss.mm.ii. anche se aventi la medesima funzione di consentire la partecipazione "comune e coordinata" alla gara di soggetti di dimensioni medio/piccole o con specializzazioni diverse al fine comunque di aumentarne la concorrenzialità - non costituiscono un autonomo soggetto di diritto in quanto completamente sforniti di personalità giuridica.

A legare tra loro i diversi soggetti costituenti il R.T.I. è il rapporto di mandato: in particolare, l'offerta congiunta deve essere sottoscritta da tutte le imprese costituenti il R.T.I. (e qui sta la principale differenza rispetto all'A.T.I. conosciuto in materia di appalto di opera pubblica) e deve:

- da un lato, indicare espressamente le parti di fornitura che saranno eseguite da ciascuna delle imprese raggruppate;
- dall'altro, deve contenere l'impegno, da parte di queste, a conformarsi, in caso di aggiudicazione congiunta, alla disciplina prevista dall'art. 10 del decreto.

Proprio in quanto si tratta di rapporto di mandato, ciascuna delle imprese raggruppate deve conferire, con unico atto con sottoscrizione autenticata nelle forme previste dalla legislazione del Paese in cui l'atto è redatto, mandato speciale con rappresentanza a favore di una sola delle imprese costituenti il R.T.I. che viene così ad essere designata quale capogruppo.

Il mandato speciale di cui sopra, rilasciato a titolo gratuito, è irrevocabile, salvo che per giusta causa, ma, anche in tale evenienza, la revoca non ha effetti nei riguardi dell'amministrazione.

La capogruppo ha la rappresentanza, anche processuale, delle imprese costituenti il R.T.I.²⁶ per tutte le operazioni e per gli atti di qualsiasi natura dipendenti dal contratto, e ciò anche se si tratti di atti

temporalmente allocati dopo l'effettuazione del collaudo purché, comunque, prima dell'estinzione del rapporto.

La presentazione dell'offerta congiunta comporta la responsabilità solidale da parte di tutte le imprese facenti parte del R.T.I. (e qui è un'altra differenza rispetto all'A.T.I. previsto per gli appalti di opera pubblica), anche se è prevista la possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di fare valere direttamente la responsabilità a carico delle singole imprese mandanti.

Si può discutere, a questo punto, di come si articoli, all'interno della R.T.I., l'obbligazione risarcitoria del danno lamentato dell'amministrazione aggiudicatrice.

Qualora non possa essere dimostrato che questo derivi da dolo o colpa di una delle imprese raggruppate, fermo restando l'obbligo risarcitoria solidale di tutte le imprese costituenti il R.T.I., il condebitore o i condebitori che hanno operato il materiale pagamento avranno azione di regresso nei confronti degli altri componenti il R.T.I. per le quote di ciascuno di essi secondo quanto previsto dall'art. 1299 comma 1 c.c..

Qualora, invece, sia dimostrato che il danno derivi da dolo o colpa grave di una delle imprese raggruppate, le imprese solventi potranno scegliere se avvalersi dell'azione di regresso ex art. 1299 comma 1 c.c. nei confronti di tutti i condebitori e dell'azione di risarcimento ex art. 2043 c.c., per la sola quota rimasta a loro carico, nei confronti dell'impresa responsabile ovvero fare valere la responsabilità di quest'ultima in relazione all'intero ammontare del danno sostenuto.

La posizione di capogruppo, ad ogni modo, comporta responsabilità particolari, soprattutto in caso di fallimento o, se si tratta di impresa individuale, morte, interdizione o inabilitazione del titolare di una delle imprese costituenti il R.T.I..

Infatti, qualora uno di tali eventi colpisca una impresa mandante, la capogruppo dovrà indicare all'amministrazione un'altra impresa avente i requisiti di idoneità previsti dal bando di gara o, in alternativa, sarà tenuta all'esecuzione diretta o a mezzo delle altre imprese mandanti (ossia costituenti l'originario R.T.I.) della parte di lavori che doveva essere realizzata dall'impresa colpita dagli eventi *de quibus*.

Qualora, invece, questi colpiscono l'impresa mandataria (ossia la capogruppo), l'amministrazione aggiudicatrice potrà recedere dal contratto ovvero, a sua scelta, proseguire il negozio con altra impresa del R.T.I. ovvero altra impresa, in possesso dei requisiti necessari, entrata nel R.T.I. in dipendenza di uno degli eventi sopraddetti, che sia designata mandataria con il rispetto delle modalità sopra viste in tema di emissione di mandato speciale con rappresentanza di cui all'art. 10 comma 4 del decreto.

I criteri di aggiudicazione.

Il decreto prevede due diversi criteri per l'aggiudicazione degli appalti di forniture aventi rilievo comunitario, ossia:

1. l'affidamento al prezzo più basso, utilizzabile nei soli casi in cui la fornitura debba essere pienamente conforme ad appositi capitolati o disciplinari tecnici (e, pertanto, inutilizzabile nei casi in cui l'amministrazione aggiudicatrice abbia deciso di avvalersi della procedura dell'appalto-concorso).

L'appalto, in questo caso, viene aggiudicato a favore del concorrente che abbia presentato l'offerta economica comportante il maggiore ribasso - ossia il prezzo più basso - rispetto alla base d'asta determinata dall'amministrazione;

2. l'affidamento a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, utilizzabile, a differenza del precedente, con ogni tipo di procedura di aggiudicazione²⁷ ed, in particolar modo, con l'appalto-concorso.

In questo caso, l'aggiudicazione viene disposta a favore del concorrente che abbia ottenuto il maggiore punteggio a seguito della valutazione sia dell'offerta tecnica sia di quella economica.

In particolare, già in sede di bando di gara le amministrazioni provvedono ad indicare, possibilmente in ordine decrescente di importanza, gli elementi che saranno oggetto di valutazione ed i le modalità di quest'ultima ai fini della determinazione del punteggio complessivo attribuito alle singole offerte.

Oggetto di valutazione è anche il prezzo offerto, elemento al quale l'amministrazione può anche decidere di non attribuire importanza principale.

In ogni caso, comunque, il prezzo posto a base di gara costituisce, almeno per gli appalti aggiudicati da amministrazioni o organismi pubblici italiani (visto che tornano comunque applicabili sia il R.D. 2440/1923 ed il R.D. 827/1924), limite massimo per la valutabilità delle offerte presentate dai concorrenti.

L'aggiudicazione avverrà a favore del concorrente che abbia ottenuto, a seguito di tale valutazione, il punteggio più alto.

Come detto, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa si "sposa" particolarmente bene con la procedura di aggiudicazione dell'appalto-concorso, in quanto permette la valutazione, sia sotto il profilo tecnico sia sotto profili diversi da quello prettamente venale, dell'idea progettuale proposta dal singolo offerente.

In tutti i casi in cui l'amministrazione intenda avvalersi di questo criterio di aggiudicazione, è previsto che possa decidere - facendone espressa menzione in sede di bando di gara ed indicandone in capitolato d'onori i requisiti minimi e le modalità di presentazione - di ammettere la presentazione di varianti, a condizione, ovviamente, che l'offerta sia comunque conforme ai requisiti minimi predetti²⁸.

In ogni caso, anche ai fini di garantire la massima concorrenzialità, è fatto espresso alle amministrazioni di respingere una variante per il solo per il fatto che:

- sia stata stabilita con specifiche tecniche definite con riferimento a norme nazionali attuative di norme europee o ad omologazioni tecniche europee o a specifiche tecniche comuni di cui all'art. 8 comma 2, o con riferimento a specifiche tecniche nazionali di cui all'art. 8 comma 5 lett. a) e b) del decreto;
- ovvero, il semplice fatto della sua accettazione comporti la trasformazione del contratto da appalto pubblico di fornitura ad appalto pubblico di servizi.

Per entrambi i criteri sopra esaminati, al fine sia di assicurare all'amministrazione di affidare l'appalto a coloro che siano effettivamente in grado di rendere la prestazione promessa sia di garantire questi ultimi da eventuali abusive esclusioni dalla gara, i commi 2, 3 e 4 dell'art. 19 del decreto prevedono specifiche disposizioni in ordine alla valutazione delle offerte c.d. anomale, ossia di quelle (in caso di affidamento a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa deve essere presa in considerazione la sola offerta economica) che presentano un ribasso percentuale superiore di oltre 1/5 rispetto alla media aritmetica di tutte le offerte ammesse, calcolata senza tenere conto di quelle in aumento²⁹.

La norma in esame non deve trarre in inganno. Per la legislazione del nostro Paese, infatti, le offerte superiori alla base d'asta sono e restano inammissibili e, pertanto, devono essere *a priori* escluse dal calcolo del valore medio aritmetico da prendere a base per l'aumento percentuale di 1/5 necessario per l'individuazione delle offerte anomale.

Qualora l'amministrazione riconosca il carattere anomalo di una offerta, deve anzitutto richiedere, per iscritto, al concorrente le necessarie precisazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta medesima ritenuti pertinenti.

Le motivazioni addotte dal concorrente devono essere fatte oggetto di attenta valutazione³⁰. In particolare, devono essere valutate le giustificazioni riguardanti l'economia del processo produttivo o le soluzioni tecniche adottate o le condizioni particolarmente favorevoli di cui dispone il concorrente per fornire il prodotto ovvero l'originalità dello stesso ed il provvedimento con il quale viene disposta l'esclusione, ovvero dichiarata accoglibile l'offerta, deve dare contezza delle valutazioni effettuate e dei risultati raggiunti.

E', giustamente, ritenuta non accettabile una giustificazione dell'anomalia basata sulla possibilità, da parte del concorrente, di ottenere condizioni economiche di favore per l'approvvigionamento di prestazioni, specie lavorative, in relazione alle quali siano previsti minimi tariffati o contrattuali allorché le condizioni effettivamente applicate non soddisfino tali limiti minimali³¹.

In realtà, proprio in relazione alla limitazione dell'ammissibilità di una simile causa giustificativa, anche se in relazione agli appalti di opera pubblica, la Corte di Giustizia della C.E.³² ha avuto modo di sancire come la normativa comunitaria si opponga ad una normativa nazionale, come quella italiana, che esclude esplicitamente taluni tipi di giustificazioni, come quelle relative a tutti quegli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative regolamentari o amministrative, ovvero i cui valori sono rilevabili da dati ufficiali.

Tuttavia è da ritenere che la pronuncia della Corte non tocchi la regola della inammissibilità di giustificazioni relativamente a minimi inderogabili per legge o contratto collettivo.

1 Relativamente ai negozi di acquisto, bisogna subito dire che la terminologia impiegata impedisce una interpretazione che ne restringa l'applicabilità ai soli contratti caratterizzati dalla periodicità o continuità della prestazione.

Lo scopo dei contratti di fornitura è quello di fare in modo che l'amministrazione entri nella disponibilità di un bene mobile, e se un tale scopo viene eccellentemente soddisfatto dai contratti di somministrazione, è altrettanto vero che lo stesso vale per i contratti di alienazione come la vendita (Cons. Stato, Sezione V, decisione n. 1101 del 4/10/1994).

Anche il contratto permuta deve essere considerato come appartenente al *genus* delle pubbliche forniture, in quanto si sostanzia in una doppia alienazione a titolo oneroso.

Per ciò che concerne i contratti di opera mobiliare - caratterizzati per il fatto di avere ad oggetto un bene mobile che viene realizzato "ad hoc" per il richiedente - questi devono essere considerati pubbliche forniture allorché il valore dei servizi progettuali connessi non sia superiore al 50% del valore complessivo del contratto.

In ordine ai contratti di somministrazione - caratterizzati dal fatto che le prestazioni rese sono periodiche (e dunque effettuate a tempo determinato) o continuative (ossia a tempo indeterminato) - nessuno ha mai dubitato della loro appartenenza alla categoria delle pubbliche forniture.

Per quanto riguarda i contratti di leasing, la loro specifica enunciazione da parte dell'art. 2 del D. Lgs. 358/1992 tronca ogni discussione sulla loro possibile qualificazione come pubbliche forniture anche in caso di *leasing operativo*, caratterizzato dall'assenza del diritto di riscatto a favore del conduttore. Non possono invece essere considerati forniture i contratti di leasing conclusi dall'Amministrazione ma aventi per fine quello di consentire ad un soggetto terzo di impiegare il bene mobile oggetto del contratto (c.d. *leasing promozionale*). In questi casi, infatti, l'amministrazione agisce da soggetto finanziatore per fare in modo di favorire l'introduzione dell'uso di determinati beni presso particolari fasce della popolazione (si tratta, nella maggior parte dei casi, di favorire l'introduzione di nuovi macchinari presso la grande industria).

In ordine ai contratti di locazione, in ultimo, anche questi devono essere considerati come una pubblica fornitura.

"Per appalto pubblico di forniture deve intendersi quel contratto con il quale le amministrazioni si procurano beni e servizi. Non rientra in tale ambito, e non è quindi soggetta alla disciplina concorsuale, la convenzione con la quale viene affidato in gestione ad un soggetto privato un servizio istituzionalmente dell'amministrazione" (Corte Conti, Sez. Contr., 11 settembre 1996, n. 125).

2 In sostanza, per fare un esempio pratico, se il contratto consiste in un leasing con diritto di riscatto della durata di 10 mesi per il quale è stato pattuito un canone mensile di € 30.000 ed, al momento del termine del negozio, il bene ha un valore residuo pari ad € 100.000, il valore di riferimento ai fini della determinazione della normativa applicabile sarà pari solo a € 300.000.

Viceversa, nel caso in cui la durata pattuita, a parità delle restanti condizioni, sia di 20 mesi, l'importo contrattuale sarà pari a € 700.000 (ossia € 30.000 x 20 mesi + € 100.000).

3 Per i contratti di cui non è esistente o non è noto il termine finale, la norma di recepimento introduce un *regime presuntivo*, imponendo di fare riferimento o ad elementi già contabilizzati ma aleatori in quanto non necessariamente soggetti a riproporsi senza modifiche per il contratto in corso (ed è questo il caso dei "contratti analoghi conclusi nei 12 mesi precedenti") ovvero ad elementi non ancora contabilizzati e dunque aleatori in quanto riferiti ad un periodo futuro.

4 Tale disposizione vieta il rinnovo tacito dei contratti sottoscritti dalle Pubbliche Amministrazioni per la fornitura di beni e servizi e colpisce, anzi, con la nullità la violazione di questo divieto. Non impedisce, però, di rinnovare tacitamente detti contratti, provvedendo a disciplinare in modo compiuto il procedimento per mezzo del quale giungere al rinnovo.

In particolare, è previsto che, entro 3 mesi dalla scadenza, l'Amministrazione accerti la sussistenza delle ragioni di convenienza e pubblico interesse che sottendono la rinnovazione e, ove ne verifichi l'esistenza, provveda a comunicare al contraente la propria volontà di procedere al rinnovo affinché possa decidere se accettare o meno.

La giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 17 aprile 2003, n. 2079) afferma la possibilità di giungere legittimamente al rinnovo *sub condicione* della piena osservanza dei presupposti e del pieno svolgimento dell'istruttoria prevista dall'art. 44 della L. 724/1994. In particolare, "è da condividere in primo luogo l'opinione che, con il concetto di convenienza, la legge abbia voluto riferirsi al profilo del vantaggio economico che sarebbe derivato dalla rinnovazione. Milita in tal senso il rilievo che una lettura dell'espressione riferita alla generica convenienza, nel senso di opportunità connessa alle ragioni gestionali più svariate, non escluse quelle adottate dall'Amministrazione di colmare un intervallo temporale verso l'adozione di nuovi strumenti contrattuali, si risolverebbe in un apprezzamento di pubblico interesse. E poiché il pubblico interesse è espressamente menzionato come secondo presupposto della rinnovazione, si perverrebbe ad una lettura tautologica della norma *...omissis...* Assumono rilievo le disposizioni *...omissis...* recanti disposizioni specificamente dirette ad acquisire le informazioni concernenti i prezzi correnti al precipuo fine di valutare la convenienza della rinnovazione. Se ne trae il convincimento che il profilo delle condizioni di carattere economico, alle quali il contratto sarebbe stato rinnovato avrebbe dovuto essere oggetto di una istruttoria che nella specie non è stata condotta. Né allo stesso fine poteva considerarsi sufficiente la circostanza che l'impresa titolare del servizio avrebbe continuato a svolgerlo agli stessi prezzi già praticati con il precedente rapporto. E'

evidente infatti che in tal modo risulta elusa la finalità della disposizione applicata, da individuarsi nell'imposizione di nuove negoziazioni capaci di ottenere le economie oggettivamente possibili in relazione alle concrete condizioni di mercato".

Pertanto, secondo la giurisprudenza amministrativa, il legittimo rinnovo dei contratti di appalto di forniture o di servizi è subordinato alla dimostrazione:

- della convenienza economica, che deve essere dimostrata in concreto mediante un raffronto con i prezzi praticati sul mercato e non può quindi derivare direttamente in modo assiomatico dal fatto che il contraente privato si sia dichiarato disponibile a rinnovare il contratto alle medesime condizioni già in essere;
- dell'interesse pubblico al rinnovo, anch'esso da dimostrare nel caso concreto (cfr. Marina Ferrara e Giuseppe Panassidi, "Beni e servizi: vademecum per gli acquisti" in *Guida agli Enti Locali, Inserto dicembre 2003*).

5 "E' legittimo il frazionamento di un'ingente fornitura di materiale allorché il valore di ciascun lotto sia superiore al limite previsto dalla normativa comunitaria, in tal modo non elusa, e motivato con le difficoltà di ottenere in tempi brevi l'intera fornitura da un unico imprenditore" (Corte Conti, Sez. Contr., 19 settembre 1994, n. 64).

6 Si tratta dei contratti di fornitura:

- aventi ad oggetto un bene destinato ad essere rivenduto o ceduto in locazione a terzi, allorché l'amministrazione aggiudicatrice non sia titolare di alcun diritto speciale o esclusivo per la vendita o la locazione di tale oggetto ovvero quando altri soggetti possano liberamente venderli o darli in locazione alle stesse condizioni;
- relativi al settore delle telecomunicazioni e finalizzate ad acquisiti destinati esclusivamente a permettere ai soggetti aggiudicatori di assicurare uno o più servizi di telecomunicazione, qualora altri soggetti siano liberi di offrire gli stessi servizi nella stessa zona geografica ed a condizioni sostanzialmente equivalenti;
- indetti da soggetti esercenti attività di produzione o distribuzione di gas, energia elettrica, gas o energia termica al fine di approvvigionarsi di acqua, energia o dei combustibili destinati alla produzione.

7 Nondimeno, è opportuno dare atto che l'Autorità per la vigilanza sui LL.PP., esattamente come la giurisprudenza amministrativa, talvolta attribuiscono all'indicazione di prevalenza del valore contenuta nella disciplina nazionale di recepimento un valore sussidiario al fine dell'individuazione della disciplina applicabile.

"In base al disposto di cui al comma 1 dell'art. 2 della legge 109/1994, rientrano nell'ambito di applicazione della legge-quadro in materia di lavori pubblici tutte le attività, qualunque ne sia il valore, inerenti a beni o impianti che si concretino in una rielaborazione o trasformazione della materia; ne restano, invece, escluse, ai sensi anche dell'art. 1 del decreto legislativo n. 358/92, come modificato dal decreto legislativo 402/1998, le attività di posa in opera o di mera installazione di beni o di impianti che formano oggetto di un contratto di fornitura, a meno che i lavori non assumano rilievo economico superiore al 50% dell'importo complessivo del contratto.

Ed è stato sottolineato in giurisprudenza che la differenza tra il contratto d'appalto e quello di compravendita (che costituisce il presupposto della fornitura) si desume dalla prevalenza, non solo quantitativa, ma soprattutto funzionale, secondo l'intenzione dei contraenti, della fornitura della materia (vendita) ovvero della prestazione relativa al lavoro (appalto d'opera). Con la conseguenza che «quando l'interesse del committente non sia tanto quello di ottenere la proprietà di un determinato impianto, quanto quello di installarlo in un complesso immobiliare a cura del fornitore, e correlativamente l'impegno di quest'ultimo sia essenzialmente quello di collocare l'impianto funzionante in un determinato complesso di opere (come avviene per qualsiasi impianto di cui si chiedi l'installazione durante la costruzione di un'opera edilizia), si ha un contratto di appalto d'opera, e non un contratto di compravendita "implicante una mera fornitura" di beni» (Cons. St., sez. V, 2 aprile 1996, n. 375). Sempre in giurisprudenza, è stato anche ritenuto che «il negozio misto nel quale siano presenti gli

elementi della compravendita e dell'appalto, deve essere assoggettato alla disciplina unitaria del contratto i cui elementi costitutivi debbono considerarsi prevalenti, salvo che gli elementi del contratto non prevalente, regolabili con norme proprie, non siano incompatibili con quelli del contratto prevalente, dovendosi in tal caso procedere, nel rispetto dell'autonomia contrattuale (art. 1322 cod. civ.), al criterio della integrazione delle discipline relative alle diverse cause negoziali che si combinano nel negozio misto» (Cass. Civ., sez. II, 2 dicembre 1997, n. 12199).

E' pacifico che, nel caso in cui si abbia prestazione di lavoro e installazione di impianti che portino ad una modificazione strutturale o funzionale di un bene ed in ogni caso in cui è configurabile una delle attività di cui alle declaratorie dell'allegato A al DPR 34/2000, la funzione caratterizzante da riconoscere al contratto è da individuare nella realizzazione dell'opera, del lavoro pubblico, che costituiscono, quindi, l'oggetto principale del contratto medesimo. Questa interpretazione che si basa, appunto, su un criterio funzionale, consente di rendere caso prospettato per absurdum quello che discenderebbe da diversa soluzione e secondo cui, siccome, in ogni costruzione edilizia le forniture (calcestruzzo, mattoni, travi, componenti ed altro) sono di valore economico prevalente rispetto agli oneri di lavorazione, si potrebbe ipotizzare che esse acquistino valenza di autonoma prestazione che allora si affianca a quella concernente i lavori e fa qualificare il contratto come di fornitura.

Viceversa, è da ritenere che, anche se economicamente di valore superiore alla prestazione di lavoro, la fornitura sia funzionalmente subvalente e come tale è applicabile la disciplina giuridica riguardante il lavoro al relativo contratto.

A questa stessa conclusione deve pervenirsi anche nel caso, come quello in esame, di contratto implicante, oltre alla fornitura di impianti, anche prestazioni di lavoro, che ineriscano ad una opera di ingegneria civile con i necessari adattamenti della stessa. Ai fini della individuazione della normativa applicabile, occorre sempre fare riferimento al criterio basato sulla valutazione della prevalenza funzionale delle rispettive prestazioni. Ciò nel senso che quando l'impianto è funzionale, oltre che alla realizzazione, anche a modificazione di un'opera di ingegneria civile si applica la normativa dei lavori pubblici quale sia l'importo economico della fornitura e del lavoro. E' configurabile un contratto di fornitura con posa in opera nel caso in cui con il contratto di fornitura, si intenda conseguire una prestazione avente per oggetto una merce, un prodotto, che autonomamente soddisfano il bisogno per loro stessa natura. In questo caso gli eventuali lavori di posa e installazione del bene fornito sono di carattere accessorio e strumentale rispetto all'uso dello stesso. Si applicano allora le disposizioni sui contratti di fornitura fra stazione appaltante e impresa e non la normativa sui lavori pubblici.

Senonchè, il legislatore ha voluto che anche nei casi in cui si abbia fornitura e mera prestazione accessoria di lavoro occorra ugualmente applicare la normativa di cui alla legge-quadro in materia di lavori pubblici quando il costo della mano d'opera assume rilevanza economica prevalente. Il legislatore nazionale ha, cioè, provveduto ad integrare il criterio dell'accessorietà, sulla cui base va disposta, come nella normativa comunitaria, la qualificazione del contratto, con quello della prevalenza economica della prestazione lavoro.

Conclusivamente, è da ritenere che quando opere e impianti vanno inseriti in un organismo di ingegneria civile, commerciale, industriale, ecc. non è consentito dare rilievo alle forniture, anche se di valore superiore al 50%. Ciò in quanto in ogni appalto di lavori vi è una componente, talora economicamente prevalente, di forniture ma detto appalto non muta natura quando l'opera si realizza o si modifica per consentire un'attività che costituisce finalità della iniziativa della pubblica amministrazione.

Viceversa, nei casi di forniture e lavori, congiuntamente presenti in un contratto finalizzato alla fornitura mentre i lavori acquistano la funzione di componente accessoria, è applicabile la disciplina dei contratti di fornitura, con il correttivo dato dalla regola, sopra indicata e per cui nei casi di incidenza percentuale maggioritaria della componente lavoro pur trattandosi di forniture si applicano le norme sulla esecuzione di lavori pubblici" (Autorità per la vigilanza sui Lavori Pubblici, determinazione n. 5/01 del 31/1/2001).

8 In particolare, devono essere considerate organismi pubblici le società nate dalla privatizzazione delle aziende speciali, ciò anche nel caso in cui in esse sia prevalente il capitale privato; ovviamente, ciò

vale a condizione che si verifichi almeno uno degli altri due presupposti stabiliti dalla norma, ossia che la gestione sociale sia soggetta al controllo dell'ente locale ovvero che lo statuto sociale preveda che la metà degli amministratori o dei sindaci sia nominata dagli organi dell'ente locale.

Per le aziende speciali, invece, non vi è alcun problema di qualificazione. Infatti, anche se sono ormai dotate di personalità giuridica piena, il capitale viene conferito per intero dall'ente locale, il quale provvede anche alla nomina degli amministratori ed al controllo delle più importanti deliberazioni assunte dal Consiglio di Amministrazione.

Nondimeno, la giurisprudenza (Corte Giustizia C.E., Sez. V, sentenza 22 maggio 2003, C-18/01; Corte Giustizia C.E., Sez. VI, 15 maggio 2003, C-214/00) ha stabilito che una società per azioni pubblica operante in piena concorrenza sul mercato, assumendosi in pieno i rischi della propria attività, non possa essere considerata "organismo pubblico" ai fini dell'applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici di forniture e di servizi.

9 Corte Giustizia C.E., 18 novembre 1999, n. 107.

10 Cons. Stato, 18 settembre 2003, n. 5361.

11 Corte Giustizia C.E., sentenza Tecjas 18 novembre 1999, C-107/98.

12 Cons. Stato, Sez. V, ordinanza 22 aprile 2004, n. 2316.

13 Le amministrazioni aggiudicatrici, nell'adempimento degli oneri pubblicitari previsti dall'art. 5 del D. Lgs. 358/1992 in materia di avvisi di gara (ossia di bandi), sono comunque tenute ad adottare i modelli di formulari U.E. di cui al D. Lgs. 67/2003 (pubblicato sul S.O. n. 61/L alla G.U. n. 87 del 14 aprile 2003), che ha di fatto sostituito le disposizioni di cui all'allegato 4 lett. A), B) e C) del D. Lgs. 358/1992.

14 La Corte di Giustizia delle Comunità Europee (sentenza del 28 ottobre 1999, C-81/98 "Alcatel") ha statuito che "il provvedimento di aggiudicazione debba essere comunicato a tutti i partecipanti alla procedura di gara e che debba esistere un lasso di tempo ragionevole fra la data di adozione di detto provvedimento e la data di stipula del relativo di contratto".

In virtù di tale sentenza, e soprattutto del fatto che nei confronti del nostro Paese è stata avviata una specifica procedura di infrazione in quanto la nostra legislazione non prevede alcuno specifico obbligo di comunicazione individuale con rispetto di un arco temporale idoneo a consentire l'esercizio del diritto di difesa da parte dei concorrenti, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con circolare 10 marzo 2003, n. 2107 ha raccomandato l'applicazione del disposto di cui all'art. 14 del D. Lgs. 190/2002 - in forza del quale "il soggetto aggiudicatore comunica il provvedimento di aggiudicazione ai controinteressati almeno 30 giorni prima del contratto" - non solo agli appalti di opera pubblica ma anche a quelli per l'aggiudicazione di servizi e forniture pubbliche.

15 E' utile sottolineare che, mentre il D. Lgs. 358/1992 considera la "procedura aperta" (e dunque il pubblico incanto) come regola, la direttiva 93/36/CE nulla dispone in tal senso, limitandosi solo a considerare come straordinaria la "procedura negoziata".

16 "In tema di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, il prolungamento del termine per la presentazione delle offerte, laddove occorra la previa visita dei luoghi o la consultazione presso l'amministrazione di documentazione allegata al capitolato d'onere, non importa la decadenza del termine previsto dalla legge dalla data in cui le imprese abbiano rispettivamente effettuato gli eventuali accessi e sopralluoghi, ma solo una congrua dilazione commisurata alle esigenze dell'onere di acquisizione di conoscenza" (Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 1994, n. 1444).

17 "E' ammesso il ricorso alla trattativa privata nel caso in cui precedenti procedure concorsuali non abbiano dato esito positivo, purché non vengano alterate nella sostanza le condizioni dell'offerta; ma la disposizione non preclude una modificazione del prezzo offerto, ove occorra ristabilire un giusto equilibrio fra il valore della prestazione ed il prezzo" (Cons. Stato, Sez. III, 25 maggio 1993, n. 412).

18 "Per quanto attiene all'urgenza, deve sussistere una situazione tale che il rinvio per il tempo necessario alla gara comprometterebbe la tempestività dell'intervento" (Corte Conti, Sez. Contr., 9 gennaio 1996, n. 1).

19 "E' ammissibile il ricorso alla trattativa privata per forniture complementari effettuate dal fornitore originario e destinate all'ampliamento di forniture o di impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi l'amministrazione ad acquistare del materiale di tecnica differente, l'impiego o la manutenzione del quale comporti incompatibilità o difficoltà sproporzionate" (Cons. Stato, Sez. II, 12 aprile 1995, n. 1008).

20 "Il ricorso a trattativa privata con unico contraente è ammesso solo nei casi di oggettiva impossibilità di acquisire la prestazione da parte di altri contraenti, purché non riconducibile alla volontà o al precedente comportamento dell'amministrazione appaltante" (Cons. Stato, Sez. IV, 24 gennaio 1995, n. 29).

21 Mentre tale disposizione non innova, per lo meno in ambito di appalti di forniture di valore superiore alla soglia di rilievo comunitario, in ordine ai casi ricorrendo i quali è legittimo il ricorso alla trattativa privata - in quanto tale strumento anche e soprattutto in ambito di disciplina comunitaria viene caratterizzato da una totale eccezionalità -, di non poco momento sono le sue ripercussioni in ordine alla necessità di effettuare una previa "documentata indagine di mercato" prima di procedere all'affidamento a mezzo di trattativa privata.

Fermo restando, infatti, che tale "indagine di mercato" è qualcosa di sicuramente diverso - quasi un *minus* - rispetto alla gara informale prevista dall'art. 9 del D. Lgs. 358/1992, è importante notare come possano esservi dei casi in cui la disciplina di recepimento della normativa comunitaria non preveda l'obbligo di esperire una gara informale; in tale caso, pertanto, l'amministrazione dovrà procedere comunque, prima dell'affidamento della trattativa, ad una "documentata indagine di mercato", a condizione, ovviamente, che tale indagine sia effettivamente possibile).

22 "La tesi che afferma l'annullabilità relativa del contratto *ex art. 1441 c.c.* ha caratterizzato, in misura univoca, la giurisprudenza del Giudice Ordinario, ma ha trovato significativi riscontri anche nella giurisprudenza amministrativa (Cfr. Cass. 17 novembre 2000, n. 14901; Cass. 8 maggio 1996, n. 4269, Cass. 28 marzo 1996, n. 2842; Cons. Stato, sez. VI, 1° febbraio 2002, n. 570; T.A.R. Puglia, Lecce, 28 febbraio 2001, n. 746; T.A.R. Lombardia, Brescia, 9 maggio 2002, n. 823; T.A.R. Lombardia, Milano, 29 novembre 1999, n. 4070; T.A.R. Lombardia, Milano, 23 dicembre 1999, n. 5049; T.A.R. Lombardia, Milano, 11 dicembre 2000, n. 7702; T.A.R. Campania, Napoli, 20 ottobre 2000, n. 3890).

Tale tesi muove dal rilievo secondo cui gli atti amministrativi adottati nella procedura di evidenza pubblica, che precedono la stipulazione dei contratti *jure privatorum*, «non sono altro che mezzi di integrazione della capacità e della volontà dell'ente pubblico, sicché i loro vizi, traducendosi in vizi attinenti a tale capacità e a tale volontà, non possono che comportare l'annullabilità del contratto, deducibile, in via di azione o di eccezione, soltanto da detto ente» (Cass. 8 maggio 1996, n. 4269).

...*omissis*... I sostenitori della tesi dell'annullabilità, conforme all'interesse dell'Amministrazione, ritengono che tale soluzione sia quella più idonea ad assicurare la certezza dei rapporti giuridici, atteso che, diversamente, aderendo all'orientamento della nullità assoluta, qualunque terzo escluso dall'aggiudicazione potrebbe far valere, anche a distanza di tempo l'invalidità radicale del contratto, travolgendone gli effetti.

Ferma restando la tesi dell'annullabilità, dottrina e giurisprudenza ne hanno individuato un diverso fondamento: si è parlato ora di vizio del consenso per errore essenziale e riconoscibile sulla qualità di legittimo aggiudicatario dell'altro contraente (artt. 1428 e 1429, n. 3 c.c.), ora di annullabilità *ex* articolo 1425, primo comma, c.c., per una sorta di incapacità a contrattare dell'amministrazione ove sia caducata la delibera di contrattare (Cass., sez. I, 28 marzo 1996 n. 2842), ora ancora di annullabilità per difetto di legittimazione negoziale della pubblica amministrazione intesa come ipotesi concreta di incapacità rispetto allo specifico negozio, a fronte di una generale capacità giuridica e di agire del soggetto (Cass., sez. II, 21 febbraio 1995 n. 1885 e Cass., sez. I, 13 ottobre 1985 n. 5712).

...*omissis*...

La tesi della nullità viene argomentata, in prevalenza, con riferimento al primo comma dell'art. 1418 c.c., che sanziona con la nullità il contratto contrario a norme imperative (c.d. nullità virtuale o extratestuale). Il percorso argomentativo seguito dalla corrente giurisprudenziale in esame muove dalla constatazione che l'invalidità che inficia il contratto stipulato con il privato contraente deriva dalla

violazione di norme di azione disciplinanti il procedimento di gara ad evidenza pubblica. Le norme che prescrivono le modalità da osservare nella scelta del contraente esprimono un implicito divieto di stipulare con soggetti non siano risultati legittimi vincitori dalla pubblica selezione (Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, che, però, si è soffermata sul caso particolare della carenza di potere della Pubblica Amministrazione in tema di rinegoziazione delle condizioni economiche previste in sede di aggiudicazione; T.A.R. Calabria, 26 novembre 2002, n. 2031; T.A.R. Campania, Napoli, 29 maggio 2002, n. 3177 in cui viene valorizzato il richiamo alla normativa sull'evidenza pubblica, diretta, attraverso la salvaguardia della *par condicio* tra i concorrenti, ad assicurare i fondamentali valori di imparzialità e di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa - art. 97 Cost. - nonché di tutela dell'effettività della concorrenza ex artt. 2, 3, par. 1, lett. g), e 4 Trattato CE). ...*omissis*... E' noto che il vizio radicale del consenso, nel senso del suo difetto genetico originario, produce la nullità del contratto e non la semplice annullabilità, ai sensi dell'art. 1418 comma 2 c.c.» (T.A.R. Puglia, Bari, 23 ottobre 2002, n. 394). Viene, poi, riconosciuta la nullità del contratto nel caso di incompetenza assoluta dell'organo stipulante (Cass., 9 ottobre 1961, n. 2058; Cass., 10 aprile 1978, n. 1668).

Sulla base di tali premesse, la nullità del contratto stipulato a seguito di procedura concorsuale illegittima viene giustificata secondo tre diverse prospettive.

Un primo orientamento ritiene che l'annullamento (giurisdizionale o amministrativo) degli atti di gara per motivi di legittimità, facendo venire meno *ex tunc* il provvedimento di aggiudicazione, dà luogo ad una mancanza originaria del consenso dell'amministrazione all'assunzione del vincolo negoziale: la nullità del contratto si giustificerebbe alla stregua del combinato disposto delle previsioni di cui agli artt. 1418, comma 2, e 1325, n. 1, c.c.. Ne consegue l'applicabilità del regime normativo di cui agli artt. 1421 ss. c.c. (cfr.: Cass. Civ. 9 gennaio 2002, n. 193, ove per i giudici di legittimità "il venir meno della deliberazione attraverso cui si è espressa la volontà dell'ente conduttore rende nullo il contratto per assenza del requisito dell'accordo tra le parti (art.1325 n. 1 e art. 1418 comma 2 c.c.).

Una tesi minoritaria, relativamente alla ipotesi particolare dell'originaria mancanza o dell'annullamento *ex tunc* della deliberazione a contrarre, ritiene che l'inosservanza del principio della necessità della copertura finanziaria determini la nullità del contratto per mancanza della causa ex art. 1418, comma 2, e 1325, n. 2.

Altra parte della dottrina riconduce la nullità del contratto alla generale previsione di cui all'art. 1418, comma 1, sotto il profilo della violazione di norme imperative nel caso in cui i vizi della serie procedimentale ad evidenza pubblica siano tali da determinare l'inidoneità del contratto a perseguire il vincolo di scopo assegnato all'amministrazione.

La tesi dell'inefficacia è stata recentemente sostenuta dalla decisione Cons. Stato 6666/2003, secondo cui la caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, di atti della fase della formazione, attraverso i quali si è formata in concreto la volontà contrattuale dell'Amministrazione, dà luogo alla conseguenza di privare l'Amministrazione stessa, con efficacia *ex tunc*, della legittimazione a negoziare; in sostanza, l'organo amministrativo che ha stipulato il contratto, una volta che viene a cadere, con effetto *ex tunc*, uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'Amministrazione, come la deliberazione di contrattare, il bando o l'aggiudicazione, si trova nella condizione di aver stipulato privo della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi (cfr. Cass., 20 novembre 1985, n. 5712): «la categoria che viene in gioco in tal caso non è l'annullabilità, ma l'inefficacia. E, infatti, nei contratti ad evidenza pubblica gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti quanto alla validità; i primi condizionano, però, l'efficacia dei secondi, di modo che il contratto diviene *ab origine* inefficace se uno degli atti del procedimento viene meno per una qualsiasi causa (cfr. Cass., 5 aprile 1976, n. 1197)». Secondo tale impostazione l'inefficacia sopravvenuta derivante dall'annullamento degli atti di gara ovvero del provvedimento di aggiudicazione (in sede giurisdizionale, amministrativa o in via di autotutela) è relativa e può essere fatta valere solo dalla parte che abbia ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione. Per il Collegio della decisione riportata «più problematica appare, invece, la posizione dell'Amministrazione. ...*omissis*... In tale eventualità, tuttavia, la P.A. può determinare l'inefficacia del contratto, ma attraverso il procedimento di annullamento degli atti di gara in via di autotutela, applicando i principi

garantistici in materia (avviso di avvio del procedimento; congrua motivazione; adeguata valutazione dell'interesse pubblico e dell'affidamento del contraente). Per quanto, più in particolare, riguarda la tutela dei soggetti che abbiano ottenuto ragione dinanzi al giudice amministrativo tramite l'annullamento dell'atto di aggiudicazione, nei casi in cui il contratto sia già stato concluso, ritiene il Collegio preferibile la posizione dottrinale orientata nel senso dell'applicazione della normativa dettata dal codice civile a proposito delle associazioni e fondazioni, in quanto esprime principi generali, applicabili anche alla Pubblica amministrazione, quale persona giuridica ex art. 11 c.c., soggetta, quindi, oltre che alle norme di diritto pubblico, anche alle norme civilistiche essenziali che disciplinano le persone giuridiche (cfr., in tal senso, anche se nell'ambito della teoria della inefficacia del contratto per difetto di un presupposto o di una condizione di efficacia del contratto, Cons. St., Sez. VI, n. 2992 del 2003 cit.). Secondo tali principi, l'annullamento della deliberazione formativa della volontà contrattuale dell'ente "non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima" (art. 23 e 25 c.c.). Questo criterio, invero, consente di tutelare la posizione del contraente di buona fede, ma allo stesso tempo consente di dare pieno riconoscimento alle ragioni di colui che abbia ottenuto l'annullamento di atti della fase di formazione (e segnatamente, dell'aggiudicazione) laddove possa essere esclusa la buona fede del contraente, travolgendo in tal caso detto annullamento la fattispecie contrattuale nella sua interezza».

Secondo la decisione in esame un argomento sistematico in favore della tesi della inefficacia sopravvenuta può trarsi dalla legge 21 dicembre 2001 n. 443 (Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive), la quale, all'art. 1, comma 2, indica, tra gli altri, il principio e criterio direttivo (lettera n): «previsione, dopo la stipula dei contratti di progettazione, appalto, concessione o affidamento a contraente generale, di forme di tutela risarcitoria per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica; ...».

Si è poi fatto strada nella giurisprudenza amministrativa l'orientamento della caducazione automatica (Cons. St., Sez. V, 25 maggio 1998, n. 677, in un caso di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione; Cons. St., Sez. V, 30 marzo 1993, n. 435, che afferma il travolgimento automatico del contratto per effetto dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione; Cons. St., Sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244, muovendo dal principio di conservazione degli atti, per cui la graduatoria della gara conserva i suoi effetti per il caso in cui venga meno la prima aggiudicazione, afferma che l'annullamento dell'aggiudicazione in favore del primo graduato comporta l'aggiudicazione automatica in favore del secondo graduato; di recente, Cons. St., Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218; Cons. St., Sez. VI, 14 marzo 2003, n. 1518). La tesi della caducazione automatica è stata, poi, di recente approfondita dalla VI Sezione del Consiglio di Stato (cfr. dec. 5 maggio 2003, n. 2332), che ha ripreso la tesi, di matrice dottrinale, della inefficacia del contratto per mancanza legale del procedimento, vale a dire per carenza del presupposto legale di efficacia del contratto costituito dalla fase di evidenza pubblica (mancanza legale del procedimento), riconducendone l'effetto al principio generale, proprio anche dei negozi giuridici privati collegati in via necessaria, secondo cui *simul stabunt, simul cadent*. Altro orientamento della VI Sezione del Consiglio di Stato ritiene accoglibile l'impostazione tradizionale relativa alla normale efficacia caducante dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto conseguente, ma con il temperamento costituito dalla salvezza dei diritti dei terzi in buona fede in applicazione analogica degli artt. 23, comma 2 e 25, comma 2, del codice civile, applicabili alla Pubblica amministrazione in quanto persona giuridica ex art. 11 dello stesso codice (cfr. Cons. St., Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992).

Il Collegio condivide la tesi dell'efficacia caducante, nel caso di annullamento giurisdizionale, come in quello dell'eliminazione a seguito di autotutela o di ricorso giustiziale, degli atti della procedura amministrativa, in forza del rapporto di consequenzialità necessaria tra la procedura di gara ed il contratto successivamente stipulato. Sul punto, stante la novità e la rilevante complessità della tematica in esame, ritiene il Collegio di doversi soffermare sulle ragioni che inducono a tale adesione e a specificare il proprio orientamento sul punto.

Sul piano della ricostruzione fenomenica, è necessario prendere le mosse dall'innegabile esistenza di un raccordo fra gli atti della serie pubblicistica ed il contratto stipulato all'esito dell'aggiudicazione. Tale raccordo induce l'interprete ad interrogarsi in ordine alla applicabilità, al caso in esame, della distinzione elaborata in sede giurisprudenziale, in relazione agli atti amministrativi, tra invalidità ad effetto caducante ed invalidità ad effetto viziante. Tale distinzione (criticata da autorevole dottrina) risale alla pronuncia del Consiglio di Stato, Ad. Plen. 19 ottobre 1955 n. 17, e si fonda sulla diversa intensità che contraddistingue il nesso di presupposizione o di derivazione intercorrente fra atti (ed in particolare fra atto annullato e atto successivo). La distinzione, in definitiva, consente di misurare il diverso grado di incidenza pregiudiziale fra atto presupposto (annullato) e atto consequenziale. *...omissis...* tuttavia, mentre nel caso di invalidità ad effetto viziante l'atto a valle l'atto consequenziale deve essere impugnato per essere eliminato dal mondo giuridico (resistendo all'annullamento dell'atto presupposto), nel caso di invalidità ad effetto caducante, l'annullamento dall'atto presupposto implica l'automatico travolgimento dell'atto consequenziale senza bisogno di impugnativa ad hoc.

Risulta a questo punto indispensabile chiarire se tale meccanismo sia applicabile anche nei rapporti fra atti amministrativi ed atti negoziali *...omissis...* Sul punto, ritiene il Collegio che la diversa natura degli atti in questione non escluda l'applicabilità della prefata distinzione, essendo rilevante, in via esclusiva, l'obiettiva connessione (presupposizione o derivazione) fra atto primario ed atto consequenziale (nel nostro caso, di natura pubblicistica il primo, privatistica il secondo). La validità di tale ricostruzione è comprovata dal riconoscimento, in sede giurisprudenziale e dottrinale, dell'esistenza del nesso di derivazione fra atti di natura giuridica eterogenea: *...omissis...* Orbene, dimostrata l'applicabilità della richiamata distinzione anche ad atti di natura diversa, deve essere precisato che il nesso di connessione fra atti non sussiste solo in caso di legame endoprocedimentale (è il caso della connessione accordo - provvedimento ex art. 11 L. 241/1990) ma, altresì, nel caso di preordinazione funzionale (*id est*: legame esterno) fra atti: ricorre tale ipotesi proprio nel caso del legame fra aggiudicazione e contratto, aderendo alla prevalente ricostruzione che li configura, rispettivamente, come ultimo atto della serie pubblicistica e primo atto della serie privatistica. Che la intensa connessione (preordinazione funzionale) fra aggiudicazione e contratto sussista è, non solo giuridicamente evidente (appare necessaria, in tal senso la citazione di un passo significativo di Consiglio di Stato - Adunanza Plenaria - Sentenza 29 gennaio 2003 n. 1 -<< *...omissis...* un rapporto di pregiudizialità necessaria può, comunque, porsi, tutte le volte che si sia di fronte alla necessità di stabilire le conseguenze dell'annullamento degli atti di gara sul contratto eventualmente stipulato tra l'Amministrazione appaltante e l'originario aggiudicatario; *...omissis...* ma anche intuitivo *...omissis...*

In primo luogo occorre premettere che l'efficacia caducante è cosa diversa dalla nullità del contratto successivamente stipulato. Nonostante alcune somiglianze *...omissis...* non può dirsi che il contratto successivamente stipulato sia invalido a causa della demolizione giuridica del provvedimento di aggiudicazione. Al contrario, al contratto in questione si attaglia la situazione negativa di "mancanza di effetti". L'inefficacia è una categoria concettuale che non trova nel codice civile del 1942 una considerazione unitaria e generale (a differenza della nullità e della annullabilità); è, inoltre, una figura che presenta una estensione maggiore rispetto alla invalidità, nonché una diversa morfologia ed un diverso trattamento normativo. L'in se di tale figura, come messo in rilievo dalla maggioritaria dottrina civilistica, è l'idoneità a meglio realizzare il trattamento corrispondente agli interessi in gioco *...omissis...* L'inefficacia è pertanto una qualificazione giuridica di contenuto negativo che l'ordinamento riserva a tutti i casi di inidoneità dell'atto a produrre effetti giuridici che ne realizzino la funzione.

Sulla base di tale impostazione, si ritiene di dover prendere le mosse dalla tesi sostenute da questo Consesso nelle decisioni Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332 e Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666. In particolare, mentre nella prima decisione l'efficacia caducante viene ricondotta alla carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto, carenza determinata dall'annullamento dell'aggiudicazione, nella seconda l'inefficacia sopravvenuta del contratto viene ricondotta alla mancanza del requisito della legittimazione a contrarre, derivante dall'annullamento degli atti di gara.

L'inefficacia successiva, al pari della nullità successiva, agisce retroattivamente ma differentemente dalla seconda incontra il duplice limite delle situazioni soggettive che si siano già consolidate in capo ai terzi fino alla domanda volta a far dichiarare l'inefficacia (arg. Ex. Artt. 1452, 1458, comma 2, 1467 e 2901 c.c.) e delle prestazioni già eseguite nei negozi di durata.

La fondatezza dell'assunto si coglie considerando che il negozio giuridico, atto di autoregolamento di privati interessi, vincolando le parti alla realizzazione nel tempo dell'obiettivo programmato, rimane esposto al verificarsi di fatti e vicende, inerenti ad altri tipi di interessi delle parti o di terzi, che sopravvenendo interferiscono con il ciclo di efficacia del contratto. Nel caso in esame, inoltre, l'interferenza dell'interesse esterno è mediata da una pronuncia giurisdizionale (di annullamento degli atti di gara) che dà la stura al meccanismo di travolgimento automatico dell'atto della serie privatistica. L'interesse superiore di cui si tratta è consacrato dalle prescrizioni di evidenza pubblica, che una antica ed ormai superata tesi riteneva volte esclusivamente al soddisfacimento dell'interesse particolare della pubblica amministrazione.

In ordine alle conseguenze derivanti dall'inefficacia successiva, va precisato che essa deve formare oggetto di mera declaratoria da parte dello stesso giudice che pronuncia la sentenza costitutiva di demolizione dell'atto gravato (coerentemente alla pienezza di giurisdizione che il legislatore del 1998 e del 2000 ha voluto riconoscere al plesso giurisdizionale amministrativo), ed infine che essa non estende i suoi effetti sulle prestazioni medio tempore eseguite (Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465)

23 In relazione ad una clausola del bando di gara per l'aggiudicazione di pubbliche forniture concernente la capacità tecnica ed economica delle ditte partecipanti da dimostrare attraverso dichiarazioni relative alla cifra d'affari in forniture identiche, è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice fissi un parametro di riferimento quantitativo quale misura dell'importo minimo delle forniture stesse (Cons. Stato 7 dicembre 2000, n. 482).

24 Peraltro, la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. VI, 12 dicembre 2000, n. 6583) ha statuito che qualora la lettera invito a partecipare ad una gara d'appalto contenga espressa clausola di esclusione se risulti incompleto o irregolare qualcuno dei documenti richiesti, è legittima l'esclusione dell'impresa la cui documentazione sia incompleta, non essendo rilevante che la prescrizione non risponda ad un interesse sostanziale dell'amministrazione o che l'omissione possa essere colmata con altri dati forniti in sede d'offerta, giacché un accertamento in tal senso implicherebbe un'inedita sostituzione del giudizio amministrativo nella definizione della disciplina della gara e si tradurrebbe in una disapplicazione, altrettanto indebita, di atti aventi il crisma dell'autoritatività.

25 "A meno che il bando non preveda diversamente, i requisiti che attestano la capacità finanziaria, economica e tecnica devono essere posseduti e dimostrati da ciascuna impresa partecipante al raggruppamento temporaneo" (T.A.R. Lazio, Sez. I, 14 dicembre 1992, n. 1599).

26 La giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, 13 novembre 2001, n. 4062) ha statuito che, anche in assenza di una specifica disposizione in tal senso, come invece previsto dalla L. 109/1994 in materia di appalti di opera pubblica, anche nel settore degli appalti di servizi e forniture pubbliche operi il principio dell'immodificabilità della composizione del R.T.I..

E' peraltro da notare che le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza interna sono diametralmente opposte a quelle raggiunte a livello comunitario (Corte Giustizia C.E., 23 dicembre 2003, C-57/01 "Makedoniko Metro c. Iliniko Dimosio), per la quale, pur nella piena legittimità delle norme nazionali che dispongono il divieto di mutazione soggettiva dei R.T.I. o degli A.T.I., non si può rilevare uno specifico omologo obbligo posto dalla normativa comunitaria.

27 "La scelta relativa al metodo di aggiudicazione è una scelta discrezionale della stazione appaltante che non può essere censurata se non nel caso di irragionevolezza ed incongruità dell'azione amministrativa (Cons. Stato, Sez. VI, 9 luglio-21 dicembre 2002, n. 6415).

"Ai fini dell'individuazione dell'offerta più vantaggiosa è legittima la determinazione di criteri di valutazione che in relazione alle particolari caratteristiche della fornitura attribuiscono valore

preminente alla qualità del materiale ed al tipo di assistenza tecnica prestato, attribuendo un peso minore ad eventuali ribassi sul prezzo stabilito (Corte Conti, Sez. Contr., 15 febbraio 1995, n. 25).

28 La presentazione di offerte alternative si risolve nell'opportunità di sfruttare una pluralità di opzioni che deve essere garantita a tutte le partecipanti nel nome della *par condicio* e, pertanto, deve essere espressamente autorizzata (Cons. Stato, 7 ottobre 2002, n. 5278).

29 Se, ad esempio, per un appalto di fornitura dell'importo stimato di € 100.000.000, vengono presentate le seguenti cinque offerte:

Offerta Ribasso/Aumento
A 110.000.000+10%
B 90.000.000-10%
C 80.000.000-20%
D 75.000.000-25%
E 70.000.000-30%

La media aritmetica dei ribassi è pari al 21,25% (dato dalla somma dei ribassi di tutte le offerte, ad esclusione di quella distinta alla lettera A, in quanto comportante un aumento, divisa per 4).

Bisogna poi procedere all'aumento di tale media aritmetica di un importo pari ad 1/5 di essa, ossia di un ulteriore 4,25%, con la conseguenza che il limite da prendere in considerazione per l'individuazione delle offerte anomale è pari a $21,25\% + 4,25\% = 25,5\%$.

Ne consegue che, tra le offerte di cui sopra, l'unica da considerare anomala è quella distinta con la lettera E, in quanto presentante una percentuale di ribasso superiore al 25,5% (e, nella fattispecie, pari al 30%).

30 La giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 18 settembre 2002, n. 4751) ritiene che il subprocedimento per la verifica dell'anomalia dell'offerta non sia vincolato a formalità particolarmente stringenti, prevalendo comunque l'interesse all'accertamento della reale possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni economiche proposte; conseguentemente, i termini concessi dall'amministrazione per il deposito dei documenti giustificativi non hanno natura perentoria ma, bensì, ordinatoria.

"Una volta intervenuta l'aggiudicazione provvisoria può essere necessario per l'impresa aggiudicataria giustificare la propria offerta ove questa sia ritenuta anomala. In tale fase, meramente eventuale, l'esame dell'organo competente può comportare valutazioni e chiarimenti tra impresa offerente e stazione appaltante, atteso che l'esame è finalizzato a valutare se, nonostante l'anomalia dell'offerta, questa presenti quegli elementi di coerenza e congruità che consentano di ritenerla giustificata. Qualora le modalità esecutive indicate dall'impresa offerente nelle giustificazioni fossero diverse e incompatibili rispetto a quelle previste nell'offerta, la conseguenza non può essere una rivalutazione a posteriori circa l'ammissibilità dell'offerta ma solo un giudizio di conferma dell'anomalia dell'offerta medesima (T.A.R. Sardegna, decisione 9 gennaio 2004, n. 9).

31 "Nella gara per l'aggiudicazione di un contratto della pubblica amministrazione, la possibilità di procedere all'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta valida, secondo quanto previsto dal bando, presuppone che alla gara stessa partecipino più concorrenti, sicché essa è inapplicabile al caso in cui un solo soggetto sia stato invitato a partecipare alla procedura, in quanto in tal caso la presunta gara si risolve, in sostanza, in una trattativa privata con un unico e determinato soggetto (Cons. Stato, 3 luglio 2001, n. 312).

L'amministrazione aggiudicatrice "non può tenere conto di giustificazioni concernenti elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, ovvero i cui valori risultano da atti ufficiali" (T.A.R. Lazio, Sez. III, 24 dicembre 2001, n. 12187).

32 Corte di Giustizia C.E., Sez. VI, 27 novembre 2001, C-285/99 e C-286/99: "Sulla base di tutte le considerazioni che precedono, occorre risolvere le questioni poste nel senso che l'art. 30, n. 4, della direttiva 93/37 deve essere interpretato nel modo seguente: - Esso si oppone alla normativa e alla prassi amministrativa di uno Stato membro che consentono all'amministrazione aggiudicatrice di respingere come anormalmente basse le offerte che presentano un ribasso superiore alla soglia di anomalia, tenendo conto unicamente delle giustificazioni dei prezzi proposti, relativi ad almeno il 75% dell'importo posto a base d'asta menzionato nel bando di gara, che gli offerenti erano tenuti ad allegare alla loro offerta, senza concedere a questi ultimi la possibilità di far valere il loro punto di vista, dopo l'apertura delle buste, sugli elementi di prezzo proposti che hanno dato luogo a sospetti; - Esso si oppone anche alla normativa ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro che impongono

all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, solamente le giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente, ad esclusione di giustificazioni relative a tutti quegli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative regolamentari o amministrative ovvero i cui valori sono rilevabili da dati ufficiali".

(da www.altalex.it)