



**REGOLAMENTO DEI
CONTRATTI DELL'ENTE
LOCALE**



Alcuni Principi da considerare



Rapporto tra norma del comune

E legge nazionale

“Storia del Diritto Italiano”

Un primo problema preso in considerazione della scienza giuridica fra Due e Trecento è quello della legittimazione della *potestas condendi statuta*.

Il fondamento della *potestas statuendi* viene originariamente individuato da alcuni giuristi nella *permissio* imperiale conseguente alla pace di Costanza. Ben presto però ci si rende conto dell'insufficienza di tale impostazione.

Non mette al riparo dal rischio della revoca del privilegio da parte dell'imperatore.

Lex Omnes Populi

Nel **Trecento** allora vengono elaborate altre teorie, fondate questa volta su un frammento del Digesto (D. 1.1.9) secondo il quale *Omnes populi, qui moribus et legibus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur* .

Teoria della jurisdictio

Fonti del diritto

Ordinamento comunitario: **direttive**

Costituzione

Norma di legge nazionale

Norma di legge regionale

Norme regolamentare



Costituzione della Repubblica

Competenza legislativa esclusiva

Art. 117 I comma

Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie:.....

Let. E) tutela della concorrenza

Let. L) giurisdizione e norme processuali;
ordinamento civile e penale; giustizia
amministrativa

Competenza legislativa concorrente

Art. 117 II comma

Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a:.....

Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.

Competenza legislativa esclusiva

Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato.

Art. 117 V comma: *I Comuni, hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite*



Potestà regolamentare
subordinata e circoscritta

Subordinata alla legge Nazionale e regionale


Limitata alle funzioni che la legge attribuisce
all'ente

Un regolamento comunale non può disporre in modo difforme alle norme delle direttive europee!

La corte Costituzionale con sentenza... ha infatti chiarito che l'operatore del diritto deve applicare le direttive europee che sono state recepite ed anche quelle che non sono state recepite, ovvero recepite in modo difforme da quanto previsto dalla direttiva stessa

Art. 192 D.Lgs 267/2000
Determinazione a contrarre

2. Si applicano, in ogni caso, le procedure previste dalla normativa della Unione europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano



**Sentenza Corte Costituzionale
n. 431/2006**

- Le disposizioni regionali in esame – nell'ambito della legge regionale n. 12 del 2006, che ha ad oggetto la disciplina generale dell'ordinamento contabile dell'amministrazione regionale e della gestione delle risorse finanziarie necessarie – regolamentano l'attività del Consiglio regionale inerente all'affidamento di appalti di forniture e di servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario, di appalti di importo superiore qualora diversi da quelli menzionati dalle direttive comunitarie, di appalti di lavori pubblici di qualunque importo e la relativa attività contrattuale, nonché la stipulazione di contratti d'opera professionale.

In particolare, disciplinano, in termini generali, la fase dell'affidamento degli appalti, dettando le regole relative alle procedure di scelta del contraente (art. 35), ai criteri di aggiudicazione ed in specie all'identificazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 36), alla pubblicità dei bandi di gara (art. 37), alle cause di esclusione dalle gare (art. 38), all'asta pubblica (art. 43), alla licitazione privata (art. 44), all'appalto-concorso (art. 45), all'anomalia dell'offerta (art. 46), alla trattativa privata (artt. 47 e 48). In base ai criteri già individuati da questa Corte e sopra richiamati, è evidente che

le norme sono tutte riconducibili alla materia «tutela della concorrenza», avendo ad oggetto direttamente e principalmente le procedure di gara, il cui scopo, come già affermato (sentenza n. 401 del 2007), è quello di consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti: pertanto esse invadono la sfera di competenza esclusiva del legislatore statale, tra l'altro esercitata con il d. lgs. n. 163 del 2006 (sentenza n. 401 del 2007), le cui disposizioni sono inderogabili.

REGOLAMENTO DEI CONTRATTI

- APPALTO
- GESTIONE PATRIMONIO
- CONTRATTI ATIPICI E CONVENZIONI



Durata dei contratti

Durata dei contratti

*Di norma i contratti del Comune non possono avere una durata superiore a **nove anni**, computando a tale fine anche l'eventuale intervenuto rinnovo del contratto originariamente stipulato*

Art. 12

RD 2440/1923

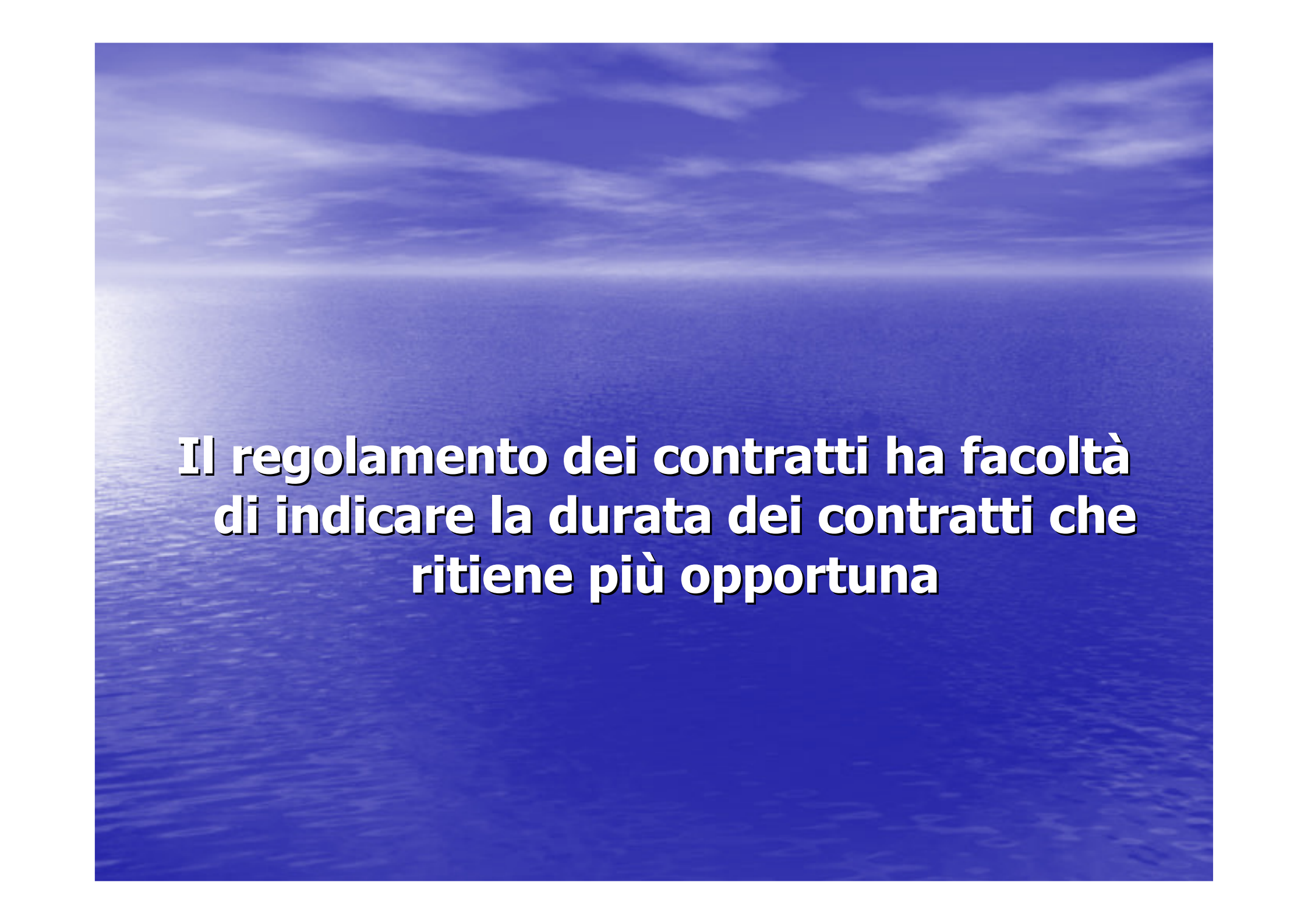
12.

PRIMO *I contratti debbono avere termini e durata certa e non possono essere stipulati con onere continuativo per lo Stato, se non per ragioni di assoluta convenienza o necessità da indicarsi nel decreto di approvazione del contratto.*

SECONDO *Per le spese ordinarie la durata non può oltrepassare i nove anni.*

.....*Omissis*

ULTIMO COMMA Le disposizioni di cui ai precedenti **commi sesto e settimo** si applicano agli enti locali e agli altri enti pubblici nonché agli istituti ed aziende operanti comunque nell'ambito della pubblica amministrazione.



**Il regolamento dei contratti ha facoltà
di indicare la durata dei contratti che
ritiene più opportuna**



Rinnovo del contratto

Rinnovo del contratto

Normativa di riferimento

- Art. 9 direttiva 18/2004
- L'art. 23 della legge 62/2005
- L'art. 29 del D.lgs 163/2006
- L'art. 56 del D.lgs 163/2006
- Gli allegati alla direttiva 18/2004 e al D.lgs 163/2006

Art. 23 Legge 62/2005

I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula di nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica, a condizione che la proroga non superi comunque sei mesi, e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge.

Art. 23 Legge 62/2005

Norma non più applicabile per sua stessa indicazione letterale

Norma abrogata dal codice dei contratti che disciplina la materia del rinnovo

L'art. 57, ultimo comma, del D.lgs 163/2006

E' in ogni caso vietato il rinnovo tacito dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi, lavori, e i contratti rinnovati tacitamente sono nulli

L'art. 29 del D.lgs 163/2006

il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni e di rinnovi eventuali del contratto

I'ALLEGATO VII alla direttiva 18/2004

- c) *Appalti pubblici di servizi:*
- - categoria del servizio e sua descrizione.
Numero(i) di riferimento della nomenclatura.
Quantità dei servizi da prestare. Specificare eventuali opzioni per ulteriori commesse e, se noto, il calendario provvisorio dell'esercizio di tali opzioni **e il numero di eventuali rinnovi del contratto.**



Elementi da esplicitare nella norma del regolamento

UNO

**Deve trattarsi di un contratto di
fornitura di beni e/o servizi di
carattere continuativo o
periodico**

DUE

Il rinnovo contrattuale può conseguire solamente in relazione a contratti conclusi attraverso procedura di gara formale e quindi a seguito procedura aperta ovvero ristretta, per cui è illegittima la rinnovazione di un contratto di fornitura di beni e/o servizi originariamente concluso in forza di procedura negoziata

TRE

La facoltà di rinnovo deve essere espressamente inserita in una clausola del bando di gara e poi del contratto.

Testo della norma regolamentare

- 1. Per rinnovo del contratto si intende la facoltà dell'ente di stipulare un nuovo contratto con il medesimo contraente per una medesima durata del contratto originario, ferme restando le clausole essenziali del contratto. Non costituisce modifica di clausola essenziale del contratto l'adeguamento di aggiornamento prezzi ISTAT poichè obbligatorio per tutti i contratti di durata pluriennale.
- Il rinnovo del contratto è possibile solamente nel rispetto delle prescrizioni del presente articolo.
- 2. E' vietato il rinnovo in qualsiasi forma avvenga dei contratti ad esecuzione istantanea ovvero ad esecuzione prolungata o differita.
- 3. E' vietato il rinnovo tacito dei contratti per la fornitura di beni e di servizi. Per la fornitura di beni e servizi, accertata la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei medesimi, il responsabile del servizio, provvedere al rinnovo del contratto con l'originario contraente.
- 4. Il rinnovo contrattuale può conseguire solo a contratti conclusi attraverso procedure aperte o ristrette e della facoltà di rinnovo, ne deve essere dato atto nel bando di gara.
- 5. Il rinnovo del contratto può essere utilizzato per una sola volta.
- 6. Il contratto di rinnovo deve avere la stessa forma del contratto originario.



Forma del contratto

Regio decreto 2440/1923

- Il R.D. 2440/1923 canonizza il principio secondo il quale i contratti delle amministrazioni pubbliche dello Stato debbano essere conclusi in forma di atto pubblico amministrativo ogni qualvolta il contratto consegua ad una procedura ad evidenza pubblica, mentre possa essere stipulato anche in forma di scrittura privata laddove il contratto consegua ad una trattativa privata.

Procedura ad evidenza pubblica

=

atto pubblico

Trattativa privata

=

Atto pubblico/scrittura privata

Art. 11 XIII comma del D.Lgs 163/2006

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

Art. 192 D.Lgs 267/2000

Determinazione a contrarre

La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante:

b) l'oggetto del contratto, **la sua forma** e le clausole ritenute essenziali

Norma del testo regolamentare

Salvo quanto prescritto da specifiche norme di legge che dispongano espressamente in modo diverso, i contratti il cui valore sia uguale o superiore a (X) euro vengono stipulati in forma pubblica con intervento del Segretario Comunale, ovvero con sottoscrizione autenticata; I contratti il cui valore sia inferiore a (X) euro sono stipulati in forma di scrittura privata non autenticata.

In ogni caso la forma pubblica dell'atto è sempre necessaria a seguito di procedura, aperta o ristretta.



La determinazione a contrarre

Art. 11 II comma D.Lgs 163/2006

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

Caratteri della determinazione a contrarre

Si tratta di un atto interno

Di un atto che è preliminare alla procedura di affidamento, quale che essa sia

E' un atto che prescinde dal valore del contratto da stipulare

Norma del testo regolamentare

E' competenza del responsabile del servizio nelle cui attribuzioni rientra la materia oggetto del contratto l'adozione della determinazione a contrarre, la quale deve sempre precedere l'avvio della procedura di affidamento la quale deve indicare la tipologia di affidamento in relazione al valore del contratto da stipularsi

Norma del testo regolamentare

L'adozione della determinazione a contrarre non è necessaria per gli affidamenti il cui valore sia inferiore a 20.000 euro nei limiti in cui si tratti di affidamenti per la gestione ordinaria delle funzioni e dei servizi amministrativi.

Nei casi previsti nel primo comma, il responsabile pone in essere la determinazione di impegno di spesa indicante l'operatore economico tenuto alla prestazione contrattuale, nella quale viene motivato il ricorso all'affidamento diretto.

Il contratto viene stipulato in forma di scrittura privata ovvero con l'mediante scambio di corrispondenza commerciale



Commissione giudicatrice

Regola:

Offerta economicamente vantaggiosa =
Commissione costituita da almeno tre

Massimo ribasso= nessun obbligo di
commissione

8. I commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari **della stazione appaltante**. In caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti **tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25** ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie

Vecchia disposizione

8. I commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari **delle stazioni appaltanti**. In caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie:

Nomina della Commissione

L'affidamento degli appalti viene aggiudicato da parte di apposita commissione nominata, (dal responsabile di area che la presiede di diritto), dopo il termine di scadenza delle offerte

Presidenza di commissione

Le procedure di affidamento sono presiedute dal Responsabile di Area interessato alla stipulazione del relativo contratto

Membri della commissione

La commissione di aggiudicazione, è costituita dal Presidente secondo quanto stabilito all'articolo precedente e da altri dipendenti della stazione appaltante purchè di categoria non inferiore alla C.

Quando, in ragione dell'evidente complessità della procedura di gara, ovvero per carenza di organico, non sussistano delle professionalità adeguate all'interno della struttura, il responsabile di area, con proprio atto, si avvale ove possibile, di personale proveniente da altre stazioni appaltanti, ovvero di esperti esterni di comprovata esperienza e professionalità di cui al D.Lgs 163/2006.



Aggiudicazione

Scaletta

Aggiudicazione provvisoria

Aggiudicazione definitiva

Stipula del contratto

L'art. 11, IV comma, del D.Lgs. 163/2006 prevede che al termine della procedura per la scelta dell'operatore economico venga dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente ed inoltre che la stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'articolo 12, comma 1, dello stesso decreto provveda all'aggiudicazione definitiva.

Approvazione dell'aggiudicazione provvisoria

Il D.lgs. 163/2006 (art 12) in tema di aggiudicazione provvisoria prevede espressamente che la stessa sia soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della amministrazione aggiudicatrice nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente.

La procedura di aggiudicazione si articola in atti formali:

- l'aggiudicazione provvisoria
- l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria
- l'aggiudicazione definitiva

Pesantezza della procedura

Questa serie di atti da un lato appesantisce la procedura, dall'altro risulta inapplicabile agli enti locali di più modeste dimensioni in quanto non esiste un adeguato numero di personale per provvedere distintamente all'adozione della aggiudicazione provvisoria ed alla sua approvazione che deve avvenire per il tramite di un organo distinto da quello che la adotta.

Il codice tuttavia per l'applicazione di questi istituti **rinvia all'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici.**

Ne consegue che la norma deve essere letta alla luce dei principi che governano l'organizzazione e la struttura degli enti locali quale si evince dal D.Lgs. 267/20000

Ratio della norma

Probabilmente la ragione della c.d. approvazione può rinvenirsi nella necessità di un controllo di natura gerarchica che ancora contraddistingue l'impostazione statale rispetto quella degli enti locali ove vige invece la piena applicazione del principio della distinzione per competenza e non per stretta subordinazione gerarchica.

La norma infatti rinvia all'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici, consapevole della rilevante differenza che sussiste tra un ente locale ed una amministrazione dello Stato.

L'istituto dell'approvazione non si applica agli enti locali

Ne consegue che l'istituto dell'approvazione come delineato dall'art. 12 del codice dei contratti non è compatibile con l'ordinamento degli enti locali, ove non è prevista nessuna forma di approvazione degli atti di gara né tanto meno dei contratti. Il provvedimento di aggiudicazione provvisoria appare immediatamente efficace ed attribuisce con effetto immediato l'onere alla stazione appaltante di provvedere a tutti i controlli ed alle verifiche necessarie alla successiva aggiudicazione definitiva.

Dopo aver posto in essere l'aggiudicazione provvisoria la stazione appaltante provvede alla verifica dei requisiti.

Dopo aver verificato la sussistenza dei requisiti la stazione appaltante provvedere all'aggiudicazione definitiva.

L'art. 11, VIII comma, del D.Lgs 163/2006, rileva che *l'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti.*

Due interpretazione della norma

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

1) Il primo riconosce che la determinazione di aggiudicazione definitiva possa essere posta in essere in qualsiasi momento successivo all'aggiudicazione provvisoria, subordinando in ogni caso l'efficacia giuridica della stessa alla previa positiva verifica dei controlli.

2) Il secondo invece prevede di porre in essere la determinazione di aggiudicazione definitiva solo dopo aver verificato il possesso dei requisiti.

Personalmente ritengo che la seconda interpretazione sia da preferire per una motivazione di ordine puramente operativa in quanto la data della aggiudicazione definitiva rappresenta un momento di centrale importanza ai fini della successiva impugnazione laddove nella seconda interpretazione può risultare non agevole la determinazione del *dies a quo* a cui fare riferimento per avere piena conoscenza dei risultati dei controlli che integrano il momento in cui l'atto amministrativo acquisisce efficacia giuridica ed esplica i suoi effetti.

Nascita del vincolo giuridico

L'art. 11, VII comma, del D.lgs 163/2006 prevede che l'aggiudicazione definitiva non equivalga ad accettazione dell'offerta e che l'offerta dell'aggiudicatario sia irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 9 dello stesso articolo.

Ne consegue che il vincolo giuridico contrattuale, che si forma con l'incontro della volontà, e quindi con l'accettazione dell'offerta, viene a coincidere con il successivo contratto.

Norma del testo regolamentare

- 1. Nelle procedure aperte, ristrette e negoziate del comune, il vincolo giudico consegue esclusivamente alla stipula del contratto. Il provvedimento di aggiudicazione provvisoria rappresenta l'atto con il quale si individua l'offerta migliore.*
- 3. Dopo aver verificato che l'operatore economico risultato affidatario possieda effettivamente i requisiti autocertificati in sede di procedura di gara, nonché tutti i requisiti necessari alla stipula del contratto, l'ente provvede ad adottare il provvedimento di aggiudicazione definitiva.*
- 4. Il contratto, gli atti di gara endoprocedimentali e l'aggiudicazione provvisoria non sono soggetti ad approvazione. Il procedimento di affidamento si chiude con l'aggiudicazione definitiva.*



Termini di stipula del contratto

Norma del testo regolamentare

1. La stipulazione del contratto deve intervenire decorsi almeno 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Il contratto è il momento in cui sorge il vincolo giuridico e proprio in virtù degli effetti giuridici che ad esso conseguono, il legislatore ha previsto che non può essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell'articolo 79, salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine.

I controinteressati coincidono con tutti coloro che hanno partecipato alla procedura di affidamento.

Modalità di comunicazione ammesse

Le modalità di comunicazione ammesse sono quelle previste all'art. 66 e precisamente il

- **mezzo postale**
- **il fax**
- **via elettronica.**

Attualmente il codice, in linea con la direttiva 2004/18/CE, **non dispone nulla** in merito all'utilizzo dell'una o dell'altra forma, **ritenendole perfettamente equivalenti**, anche in considerazione del fatto che i termini decorrono in ogni caso dalla data della comunicazione dell'invio.

Direttiva ricorsi 2007/66

La nuova direttiva ricorsi 2007/66,
pubblicata in GUCE il 20 dicembre 2007, e
che dovrà essere recepita entro **il 20
dicembre 2009**, all'art. 2 bis comma 2
prevede delle novità in merito.

- La direttiva distingue a seconda che la comunicazione avvenga mediante:
- il fax o per via elettronica
 - con altri mezzi (posta)

Nel primo caso i termini decorrono dal momento dell'invio e devono essere almeno dieci giorni.

Nel secondo caso il termine non può essere inferiore a quindici giorni decorrenti dall'invio.

La direttiva pone un termine inderogabile non inferiore a dieci giorni che deve trascorrere dal momento della conoscenza dell'aggiudicazione definitiva a quella della stipula del contratto di appalto.

Importante!

Termine per impugnare

Il termine per impugnare può decorrere dal momento formale di conoscenza dell'aggiudicazione ovvero dal momento in cui l'operatore economico viene a conoscenza anche delle motivazioni sulla cui base è avvenuto l'affidamento che dovrebbero teoricamente essere previste nel provvedimento di aggiudicazione definitiva.

L'operatore economico per impugnare non necessita di conoscere solo l'esito della procedura, ma altresì la motivazioni che hanno indotto a quella decisione in relazione alla tipologia di affidamento che viene in considerazione.

Per la direttiva la comunicazione
deve contenere:

- sia la motivazione dell'affidamento,
- sia l'indicazione del termine entro il quale la stipulazione del contratto sarà sospesa per permettere agli operatori economici un ricorso efficace rispetto le decisione di aggiudicazione.

Massima garanzia dei terzi

Si garantisce così perfetta coincidenza tra il momento in cui l'operatore economico viene a conoscenza dell'aggiudicazione e le motivazioni che vi stanno alla base, integrando pienamente l'eventuale fattispecie lesiva alla quale l'operatore economico deve reagire nel termine decadenziale.

Affidamenti diretti

La stessa direttiva prescrive che in ogni caso il contratto sia privo di effetti, se viene violato l'articolo 32, paragrafo 4, secondo comma, della direttiva 2004/18CE, con ciò riferendosi all'ipotesi di un affidamento diretto in violazione della preliminare procedura di gara.

Il quattordicesimo considerando della direttiva 66/2007 prevede che *la privazione degli effetti giuridici è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere.*



**AFFIDAMENTO DELL'APPALTO:
PROCEDURA IN ECONOMIA**



**In cosa consiste un affidamento in
economia?**

Consiglio di Stato 954/2005

il servizio era stato legittimamente affidato alla Cooperativa sulla base della normativa vigente ed in particolare D. L.vo n. 157/1995 e D.P.R. n. 384/2001, atteso che quest'ultimo decreto consentiva non solo che l'acquisizione di un servizio potesse avvenire senza la previa pubblicazione di un bando, ma anche che potesse prescindersi dal richiedere una pluralità di preventivi nel caso in cui l'importo della spesa non superasse i 20.000 euro, come nella specie

Consiglio di Stato 954/2005

Invero, il D.P.R. n. 384/2001 non richiede anche eventi imprevedibili ed urgenti nel caso che si tratti di opere o servizi di importo non superiore a 20.000 euro, limitandosi a stabilire l'importo entro il quale la procedura semplificata (trattativa diretta) è consentita

Consiglio di Stato 954/2005

Residua da chiarire che il D.P.R. n. 384/2001 si applica direttamente solo alle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, ed agli istituti e scuole di cui all'art. 4 L. 24.12.1993 n. 537 e delle istituzioni di cui all'art. 2 L. 21.12.1999 n. 508 (art. 1), ma ne è espressamente consentita l'estensione anche alle amministrazioni pubbliche non statali (e perciò anche agli Enti locali) che così dispongano nell'ambito della loro autonomia e salvo che non aderiscano al sistema convenzionale di cui all'art. 26 L. 23.12.1999 n. 488 e successive modificazioni (art. 12).

Potrebbe perciò porsi la questione se gli Enti locali non debbano recepire la procedura in economia nei loro regolamenti di contabilità, ai sensi degli artt. 152 e 153 del D. L.vo 18.8.2000 n. 267, per poter prescindere in tal caso da gare ad evidenza pubblica, ma trattasi di aspetto che non è stato sollevato da alcuno.

Importante

Ne consegue che laddove in legislatore indichi un valore al di sotto del quale sia possibile l'affidamento diretto, ovvero il previo confronto concorrenziale, l'ente abbia la piena facoltà di poter prescindere da ragioni altre relative all'urgenza di provvedere!

Ragionamento sotteso

l'art. 24 della legge 11 febbraio 1994 n. 109, in attuazione dell'art. 97 della Costituzione, disciplina, in generale, la materia delle opere e dei lavori pubblici, uniformandosi a criteri di efficienza ed efficacia, secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza e prevede i casi attraverso i quali possa essere aggiudicato un appalto a trattativa privata

l'art. 2 del D.Lgs 163/2006 prevede che
L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel codice.

gli atti normativi e amministrativi comunali attuativi delle disposizioni del codice, non potranno disporre in senso contrario, in quanto trattasi di fonti di rango inferiore e che devono trovare il loro fondamento giuridico proprio nella legge quadro di riferimento.

l'art. 24 della legge 109/94, era stato modificato dall'art. 7 della legge n. 166 del 1 agosto 2002 laddove alla lettera p) del comma 1 del predetto art. 7 interveniva, per l'appunto, sulla disciplina relativa alla trattativa privata.

Introduceva la lettera 0a)

nella previgente formulazione, il citato articolo 24 della legge 109/94 consentiva il ricorso alla trattativa privata per i lavori di importo complessivo non superiori a 300.000 euro, **nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato** e, in particolare, dell'art. 41 del R.d. 23.05.1924 n. 827 il quale prevede la possibilità di utilizzare la trattativa privata solo in circostanze particolari tassativamente indicate nella norma.

L'unica fattispecie era stata scissa in due distinte ipotesi. E cioè, per i lavori di importo complessivo non superiori a € 100.000 è consentito il ricorso alla trattativa privata senza alcun richiamo al rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato, che, di contro, rimane per i lavori di importo compreso tra € 100.000 e € 300.000.

l'art. 24 della legge 109/94 ha introdotto una **nuova fattispecie** oltre a quelle già prima previste di trattativa privata, indicandola con la sigla 0a), senza alcuna formulazione di particolari obblighi o condizioni alle quali subordinare la possibilità di ricorrere alla trattativa privata se non quella della somma al di sotto della quale devono essere affidati i lavori da realizzare.

Lo stesso sistema viene utilizzato nel codice in quanto negli articoli 56 e 57 vengono indicate puntualmente le fattispecie nelle quali la procedura negoziata è ammessa.

Si tratta di fattispecie tipiche.

Allorquando si concretizzi la fattispecie l'ente appaltante potrà utilizzare la procedura aperta ed a prescindere dal valore dell'affidamento.

l'art. 122 comma VII del codice che ha sostituito integralmente la precedente disciplina della legge 109/1994 prevede espressamente che la procedura negoziata è ammessa, oltre che nei casi di cui agli articoli 56 e 57, anche per lavori di importo complessivo non superiore a 100.000.

Appare evidente che il legislatore ha codificato come ulteriore fattispecie di procedura negoziata quella che si riferisce al valore dell'affidamento, allorquando sia inferiore ai 100.000 euro.

In questo caso infatti il legislatore non delinea una fattispecie concreta ma riconnette l'utilizzo della procedura solo alla previa collocazione della stessa dei limiti di spesa.

Si tratta indubbiamente della codificazione
del principio di proporzionalità:

*Darf die polizei mit canonem auf spatzen
schiessen?*

Acquisti in economia

Ne doveroso rispetto del codice e nei limiti consentiti dallo stesso in quanto il codice esprime il principio che deve essere concretato da ciascun ordinamento tipico della stazione appaltante.



**Responsabilità del
responsabile del
procedimento**

Tipologie di danno

Danno da atto illegittimo

Danno alla concorrenza

La violazione della norma di legge comporta l'adozione di un provvedimento viziato e annullabile in sede giurisdizionale da parte del giudice amministrativo con conseguente condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno al privato.

Questo danno si configura verso l'esterno come danno di natura civilistica e quindi da responsabilità civile!

Internamente si configura come danno di natura amministrativa e quindi quale danno erariale con conseguente giurisdizione della corte dei conti la quale contesta il danno alla concorrenza in quanto in assenza di una procedura di affidamento l'onere economico che l'ente deve affrontare e di certo maggiore rispetto quello derivante da un confronto concorrenziale.

Il danno da concorrenza può essere contestato anche in assenza di un atto illegittimo impugnato, in quanto per la corte non rileva l'illegittimità dell'atto, ma **il fatto giuridico** del comportamento che viola i principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità

Il danno alla concorrenza rappresenta ormai una voce autonoma di danno, indipendentemente dalla prova di una *deminutio patrimonii*

La lesione viene riferita al bene giuridico costituzionale del buon andamento e della imparzialità della amministrazione

Quale espressione dei principi comunitari di trasparenza e di concorrenza

Corte dei conti 447/2006

Lombardia

nell'ordinamento nazionale, la normativa in tema di evidenza pubblica, nata al fine di favorire l'economicità dell'azione amministrativa ed evitare sprechi e danni all'erario pubblico, ha finito con il divenire *modus agendi* tipico della pubblica amministrazione, in quanto modalità procedimentale idonea a garantire il perseguimento non solo dei fini di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, ma altresì di quelli di legalità, trasparenza e responsabilità

Corte dei conti 447/2006

Lombardia

è ormai un dato acquisito dalla scienza economica che il perfetto funzionamento dei meccanismi di mercato non necessita solo di una situazione di concorrenza effettiva, ma anche di una condizione di legalità, intesa questa come diffuso e comune rispetto delle regole, garanzia di crescita economica, nonché sociale. Sicché, il *vulnus* inferto, nel caso concreto, al funzionamento di detti meccanismi non può non rilevare sul piano della responsabilità amministrativo-contabile, per il costo sociale che esso comporta, salvo il ricorso alla valutazione meramente equitativa dell'ammontare del relativo danno



Tutela della concorrenza quale corollario del
più ampio principio dell'imparzialità
amministrativa

Né, d'altronde, il convenuto ha diversamente giustificato il proprio *modus operandi*, facendo riferimento ad apposita normativa interna dell'Amministrazione regolante, ai sensi dell'art. 8 del r.d. n. 2440 del 1923 - di cui costituisce vigente applicazione per i contratti sotto soglia l'art. 2 del DPR n. 384/2001 - l'acquisizione in economia di specifici servizi.



ANOMALIA DELL'OFFERTA

Corte di Giustizia

Nei procedimenti riuniti C-147/06 e C-148/06

la suddetta normativa obbliga l'amministrazione aggiudicatrice interessata, per quanto riguarda l'aggiudicazione degli appalti di valore inferiore alla soglia fissata dall'art. 6, n. 1, lett. a), della direttiva 93/37, **a procedere all'esclusione automatica delle offerte che, in base all'applicazione di un criterio matematico stabilito da tale normativa,**

Di conseguenza, la suddetta regola, formulata in termini **chiari, imperativi ed assoluti**, preclude agli offerenti che hanno presentato offerte anormalmente basse la possibilità di dimostrare che queste ultime sono affidabili e serie

Tale aspetto **potrebbe** condurre a risultati incompatibili con il diritto comunitario qualora un dato appalto possa presentare, in considerazione delle proprie caratteristiche, **un interesse transfrontaliero certo** e attrarre quindi operatori di altri Stati membri

Se un appalto di importo inferiore alla soglia comunitaria riveste un «interesse transfrontaliero» è illegittima la norma che prevede tassativamente l'esclusione automatica delle offerte anomale

Un appalto di lavori potrebbe, ad esempio, presentare tale interesse transfrontaliero in ragione **del suo valore stimato**, in relazione alla **propria tecnicità** o **all'ubicazione dei lavori** in un luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri.

In particolare i giudici sostengono che una norma tassativa come quella della legge Merloni (che oggi è divenuta facoltativa in base al Codice dei contratti pubblici) è in contrasto con il Trattato Ue e determina una «**discriminazione indiretta**» se un appalto ha un interesse transfrontaliero «ad esempio, in ragione del suo valore stimato, in relazione alla propria tecnicità o all'ubicazione dei lavori in un luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri».

Verrebbero cioè danneggiati operatori di altri stati membri che, «essendo dotati di strutture dei costi diverse, potendo beneficiare di economie di scala rilevanti o desiderando ridurre al minimo i propri margini di profitto al fine di inserirsi più efficacemente nel mercato di riferimento, sarebbero in grado di presentare un'offerta competitiva e nel contempo seria e affidabile, della quale l'amministrazione aggiudicatrice non potrebbe tuttavia tenere conto a causa della suddetta normativa».

L'accertamento dell'interesse transfrontaliero dell'appalto spetta sempre, dice la Corte, alla stazione appaltante, ma nulla impedirebbe al legislatore di definire tale interesse secondo criteri oggettivi relativi ad esempio «all'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, al luogo di esecuzione dei lavori», o anche di escludere tale interesse in presenza di un valore economico molto limitato dell'appalto in questione.

La Corte rileva tuttavia che anche in presenza di un interesse transfrontaliero certo, l'esclusione automatica può essere accettata soltanto se giustificata da un numero eccessivamente alto di offerte che ecceda la capacità amministrativa della stazione appaltante; in questo caso il legislatore o l'amministrazione potrebbe legittimamente fissare una soglia ragionevole per l'esclusione automatica che, per la Corte, non è comunque quella di cinque offerte valide.

Il codice agli artt. 122 e 124 che trattano delle offerte anomale rispettivamente per lavori pubblici e per servizi/forniture, sotto soglia, indica la **mera facoltà** dell'esclusione automatica delle offerte!

Art. 122 D.Lgs 163/2006

Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo

86

Si tratta di una facoltà, con la conseguenza che il principio generale è quello della non esclusione automatica, peraltro vietata a prescindere dalla soglia in tema di offerta economicamente più vantaggiosa.

Infatti, ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, si applicano oltre alle disposizioni della parte I, della parte IV e della parte V, anche le disposizioni della parte II, in quanto **non derogate** dalle norme del presente titolo.



GIUSTIFICAZIONI DELLE OFFERTE ANOMALE

Il D.Lgs 163/2006 **elenca le** giustificazioni che i vari operatori economici possono addurre a sostegno della loro offerta laddove questa sia stata **ritenuta sospetta di anomalia** a seguito dell'applicazione dei metodi delineati e previsti dall'art. 86, I e II, del codice

I casi di giustificazione non sono tassativi ma esemplificativi

Il D.Lgs 163/2006 elenca una pluralità di casi di giustificazione che tuttavia sono **meramente esemplificativi** e non tassativi, come sostenuto anche dalla Corte di Giustizia europea.

Gli elementi con valore minimo rilevabili da dati ufficiali o stabiliti da disposizioni

Il D.Lgs 163/2006 ammette la possibilità di giustificare l'offerta anche per valori inferiori rispetto a quelli previsti come minimi da disposizioni o dati ufficiali, così come già ammesso anche dalla Corte di Giustizia secondo la quale negare la possibilità di giustificare un prezzo che risulta essere inferiore rispetto a quello minimo previsto da un dato ufficiale (regolamento, listino prezzi...) appare illogico ed incongruo ed inoltre contravviene allo spirito di una leale concorrenza che si evolve continuamente e che non può essere ancorata a valori predefiniti.

valori e minimi inderogabili che non possono essere giustificati

- E' opportuno considerare che l'art. 87 III comma del D.Lgs 163/2006 prevede che non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge.
- Indubbiamente l'inderogabilità discende da un principio costituzionale di tutela del lavoratore il quale deve percepire una retribuzione che sia sufficiente a garantirgli una esistenza libera e dignitosa.

Inderogabilità del minimo salariale e della normativa in tema di sicurezza

- Si devono considerare quali minimi inderogabili i minimi retributivi e previdenziali previsti dai contratti collettivi di settore.
- Ne consegue che un eventuale offerta che preveda oneri retributivi e previdenziali inferiori non potrà mai essere ritenuta giustificabile e dovrà essere esclusa.
- In tema di sicurezza si applica lo stesso principio in quanto gli oneri di sicurezza non sono mai negoziabili né tanto meno oggetto di ribasso rispetto il valore loro attribuito in sede predisposizione di procedura di affidamento.

*I valori minimi inderogabili non
ammettono eccezioni*

Per i valori minimi che sono previsti come inderogabili da norma imperativa a tutela di interessi rilevanti quali la giusta retribuzione e la tutela della sicurezza non si prevede nessuna eccezione

Le giustificazioni attinenti il costo del lavoro

Il complesso testo normativo del codice dei contratti prevede tra le cause di giustificazione anche quella relativa al costo del lavoro.

Il costo del lavoro è una voce composita all'interno della quale vi sono anche gli oneri retributivi e previdenziali per i quali vige il principio dell'inderogabilità del minimo.

Ne consegue che l'operatore economico può addurre come causa di giustificazione il costo del lavoro laddove vengano comunque rispettati i minimi retributivi e previdenziali.

La norma implica che il costo del lavoro si compone di alcune voci che possono essere oggetto di negoziazione, e di altre voci che invece assolutamente non lo sono.

Le giustificazioni attinenti il costo del lavoro e l'obbligo della verifica

- L'art 87 II comma lett. g) che prevede che siano ammesse giustificazioni relative al costo del lavoro dispone altresì che la stazione appaltante abbia un vero e proprio obbligo di verificare che l'offerta sia congrua e adeguata al costo del lavoro.
- Per agevolare le stazioni appaltanti in questo compito, il Ministero del Lavoro emana per settori, delle apposte tabelle nelle quali viene indicato il costo medio orario del personale dipendente.
- La stazione appaltante può così avere un parametro di riscontro per la verifica degli elementi economici che attengono al costo del lavoro.
- Indubbiamente data la complessità delle implicazioni che si possono incontrare, possiamo affermare che i dati costituiscono un elemento di valutazione che si associa pur sempre ad un aspetto di discrezionalità circa la congruità dell'offerta.

I minimi inderogabili in tema di sicurezza

- Il D.Lgs.163/2006 all'art. 87 IV comma non ammette giustificazioni nemmeno in relazione agli oneri della sicurezza poiché si tratta di un bene di grande valore non oggetto di negoziazione né di ribasso.
- La disciplina normativa distingue gli oneri della sicurezza nei lavori pubblici, che non possono essere oggetto di ribasso e vanno evidenziati nei bandi di gara, e negli appalti di forniture e di servizi ove gli oneri della sicurezza devono essere indicati nell'offerta e risultare congrui

Un operatore economico può rinunciare all'utile?

Nell'ambito della verifica dell'anomalia l'operatore economico può giustificare il minor prezzo con la rinuncia all'utile di impresa ovvero di una sua compressione tale da renderlo ininfluyente?

L'operatore non può rinunciare all'utile

- 1) L'utile di impresa rappresenta **di fatto l'elemento** che stimola l'impresa a partecipare alla procedura di affidamento, per cui appare già nella natura delle cose quanto meno irriuale che un'impresa rinunci ad ottenere ciò che rappresenta il vero ed unico motivo per cui nasce, **ossia il guadagno!**
- 2) Giuridicamente per altro se fosse ammissibile l'azzeramento dell'utile, non vi sarebbe più alcun limite per verificare la ragionevolezza dell'offerta, la quale andrebbe ragguagliata solo ed esclusivamente su ciò che per legge deve inderogabilmente essere garantito.

- 3) Si potrebbe ipotizzare che l'impresa per il semplice fatto di aver rinunciato all'utile abbia voluto presentare un'offerta priva di serietà con finalità di acquisire anticipi per poi lasciare l'opera inadempita.
- 4) La causa del contratto di appalto che ne rappresenta un elemento essenziale, è lo scambio tra prestazione e corrispettivo, con la conseguenza giuridica che in assenza di corrispettivo non si forma il sinallagma ed il contratto è nullo in quanto privo di causa.

Questione madre di ogni questione?

Giustificazione del valore dell'offerta anomale o addirittura in perdita ed in violazione della disciplina sulla retribuzione minima inderogabile sulla base di attività complessive che attribuiscono all'operatore economico non solo notevole disponibilità finanziaria da poter reinvestire ma laddove i dipendenti sono retribuiti con incrementi stipendiali.

A mio personale parere questa giustificazione non rileva in quanto ad una attenta analisi si chiarisce non solo che l'offerta deve essere accertata e verificata con esclusivo riferimento al singolo appalto che viene in considerazione, ma altresì non è detto che la disponibilità finanziaria derivante da altri contratti sia nella sostanza garantita sino alla conclusione dell'appalto.