

Capitolo 4.

LE PROCEDURE DI GARA

4.1- Premessa di carattere generale sulle funzioni del responsabile del procedimento. 4.2- I vari sistemi di affidamento dei lavori. 4.2.1- Pubblico incanto. 4.2.2- Licitazione privata. 4.2.3- Appalto integrato. 4.2.4- Gara aperta per lavori di manutenzione. 4.2.5- Appalto concorso. 4.2.6- Gara su progetto aperto. 4.2.7- Concessione di costruzione e gestione dell'opera. 4.2.8- Trattativa privata. 4.3- Presupposti giuridici per la scelta delle varie tipologie di gara. 4.4- Livelli di progettazione richiesti per ciascuna tipologia di gara. 4.5- Valutazione di anomalia delle offerte. 4.5.1- Verifica di anomalia nel pubblico incanto, licitazione privata, appalto integrato e gara aperta per lavori di manutenzione. 4.5.2- Verifica di anomalia nell'appalto concorso, gara su progetto aperto e concessione. 4.6- Affidamenti in economia. 4.7- Compiti specifici del responsabile del procedimento.

4.1 PREMESSA DI CARATTERE GENERALE SULLE FUNZIONI DEL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO.

In questa delicata materia il responsabile del procedimento svolge essenzialmente una duplice funzione:

- quella di proporre all'amministrazione il sistema di affidamento dei lavori da adottare nel singolo caso;
- quella di espletare la sorveglianza onde garantire che lo svolgimento della procedura avvenga nel rispetto della legge nonché delle prescrizioni contenute nei bandi di gara e negli inviti.

Al fine di comprendere appieno la portata ed il contenuto di tali delicati compiti propositivi e di controllo, appare necessario descrivere sinteticamente i vari sistemi di scelta dell'appaltatore ed i tratti salienti che li caratterizzano.

4.2 I VARI SISTEMI DI AFFIDAMENTO DEI LAVORI.

I sistemi di affidamento degli appalti sono otto e di seguito si passa a descriverne sinteticamente contenuto e passaggi procedurali essenziali.

4.2.1 Pubblico incanto.

Nel pubblico incanto l'ente appaltante pone a base di gara il *progetto esecutivo* dell'opera e pubblica il bando di gara assegnando un termine per la presentazione delle offerte. L'aggiudicazione può avvenire, in base a quanto indicato nel bando di gara, o con

il criterio del maggior ribasso (art. 89 reg.) ovvero con quello dell'offerta di prezzi unitari (art. 90 reg.).

Il pubblico incanto, pertanto, si caratterizza per la sua celerità constando di un'unica fase, in quanto alla pubblicazione del bando segue direttamente la presentazione delle offerte da parte dei concorrenti in possesso dei requisiti richiesti nel bando di gara.

4.2.2 Licitazione privata.

Nella licitazione privata l'ente appaltante pone a base di gara il *progetto esecutivo* e pubblica il bando di gara assegnando un termine per la presentazione delle domande di partecipazione. Successivamente seleziona i concorrenti sulla scorta dei requisiti richiesti e li invita alla gara, la cui aggiudicazione ha luogo, in base a quanto indicato nel bando di gara, o con il criterio del maggior ribasso (art. 89 reg.) ovvero con quello dell'offerta di prezzi unitari (art. 90 reg.), analogamente a quanto detto per il pubblico incanto.

Unica differenza tra licitazione privata e pubblico incanto è nel fatto che nella prima, a differenza del secondo, vi sono più fasi, e cioè: la pubblicazione del bando, le domande di partecipazione, la selezione dei concorrenti, gli inviti ed infine la presentazione delle offerte.

È però da mettere in tutta evidenza che nella licitazione privata l'amministrazione non ha poteri maggiori di quanto ne abbia nel pubblico incanto circa la possibilità di ammettere o escludere i soggetti richiedenti. In entrambe le procedure, così come in tutte le altre di cui si dirà in seguito, l'esclusione può infatti avere luogo soltanto in due casi: a) allorché ricorrano le cause di esclusione di cui all'art. 75 del DPR 554/99; b) allorché il ricorrente non soddisfi alle prescrizioni e requisiti indicati nel bando o nella lettera di invito.

4.2.3 Appalto integrato.

Nell'appalto integrato l'ente appaltante pone a base di gara il *progetto definitivo* dei lavori (art. 19, co. 1, lett. b, della legge 109/94) ed espleta la gara con le forme ed i criteri di aggiudicazione del pubblico incanto o della licitazione privata di cui ai precedenti punti 2.1 e 2.2 (art. 90, co. 5, reg.). L'appaltatore aggiudicatario resta obbligato a redigere il progetto esecutivo su ordine del responsabile del procedimento prima della consegna dei lavori, la quale potrà avere luogo solo dopo l'approvazione del progetto stesso da parte della stazione appaltante secondo la disciplina di cui all'art. 140 reg.

La partecipazione alle gare di appalto integrato presuppone che il concorrente sia in possesso di qualificazione SOA non soltanto per l'attività di costruzione, ma anche di progettazione (art. 3, co. 1, del DPR 34/2000) ovvero, ove quest'ultima manchi, che si avvalga di progettista – in possesso dei requisiti di cui agli artt. 62 e segg. del regolamento (descritti nel bando) – indicato in sede di offerta o eventualmente associato al concorrente stesso nella forma di associazione temporanea.

Da notare che in questo sistema di gara il bando deve indicare il corrispettivo della redigenda progettazione esecutiva spettante all'appaltatore; corrispettivo che, analogamente a quanto stabilito per tutti i sistemi di gara relativamente agli oneri della sicurezza, non è soggetto a ribasso d'asta.

4.2.4 Gara aperta per lavori di manutenzione.

Questo tipo di gara concerne i lavori di manutenzione da eseguire in un determinato arco di tempo ed entro un importo massimo: l'ente appaltante pone a base di gara un dettagliato elenco di prezzi unitari, ed eventuali altri atti tecnici necessari a definire le modalità di esecuzione dei futuri interventi di manutenzione, ed espleta la gara con le forme ed i criteri di aggiudicazione del pubblico incanto e della licitazione privata (art. 154, co. 2, reg.).

Importante notare che in questo tipo di contratto se l'importo dei corrispettivi per le manutenzioni eccede l'importo contrattuale, il responsabile del procedimento, informato dal direttore dei lavori, ha facoltà di autorizzare l'ulteriore spesa utilizzando le economie derivate dal ribasso offerto in sede di gara (naturalmente, se accantonate), comunque entro l'importo massimo complessivo di 200.000 euro (art. 154, co. 1, reg.).

4.2.5 Appalto concorso.

Nell'appalto concorso l'ente appaltante pone a base di gara il *progetto preliminare* dei lavori (art. 20, co. 4, della legge), pubblica il bando e stabilisce un termine o per la presentazione delle domande di partecipazione (procedura della licitazione privata) o direttamente per la presentazione delle offerte (procedura del pubblico incanto). Queste hanno ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva dell'opera, il prezzo, il termine di esecuzione ed eventuali altri elementi di cui all'articolo 21, co. 2 della legge.

L'aggiudicazione ha luogo a seguito della valutazione complessiva degli elementi offerti dai concorrenti in base a punteggi da prevedere nel bando secondo la disciplina dell'art. 91 reg. ed assegnati da apposita commissione giudicatrice (artt. 21, co. 4, della legge e 92 reg.).

È importante notare che a base di gara, oltre al progetto preliminare, va posto un capitolato contenente eventuali prescrizioni che l'ente appaltante ritenga inderogabili. Così, per es., potrebbe essere ritenuto non suscettibile di modifiche il tracciato di un'opera o una particolare tipologia di materiali o ancora le caratteristiche di determinati impianti, ecc. In casi del genere deve essere espressamente detto che si tratta di prescrizioni inderogabili, con la conseguenza che l'offerta che eventualmente le violasse dovrebbe necessariamente essere esclusa dalla gara.

4.2.6 Gara su progetto aperto.

In questo sistema, previsto dall'art. 21, co. 1 *ter*, della legge (introdotta dall'art. 7 della legge n. 166/2002), l'ente appaltante pone a base di gara il *progetto esecutivo* dei lavori

ri, pubblica il bando e stabilisce un termine o per la presentazione delle domande di partecipazione (procedura della licitazione privata) o direttamente per la presentazione delle offerte (procedura del pubblico incanto). Queste hanno ad oggetto integrazioni, miglioramenti o motivate modifiche al progetto esecutivo a base di gara, il prezzo, il termine di esecuzione ed eventuali altri elementi di cui all'art. 21, co. 2, della legge.

L'aggiudicazione ha luogo a seguito della valutazione complessiva degli elementi offerti dal concorrente.

Questo sistema, perciò, quanto al criterio di aggiudicazione, agli elementi di valutazione delle offerte, alla commissione di gara ed agli altri elementi procedurali è analogo all'appalto concorso e segue le modalità di cui agli artt. 21, co. 2 ss., della legge e 91 e 92 reg.

Rispetto all'appalto concorso presenta, però, le seguenti differenze:

- a) la gara su progetto aperto è attuabile soltanto per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, mentre l'appalto concorso è esperibile a prescindere dall'importo dell'appalto;
- b) nell'appalto concorso l'amministrazione pone a base di gara il progetto preliminare e richiede ai concorrenti l'elaborazione della progettazione definitiva ed esecutiva; nella gara su progetto aperto, invece, viene posto a base di gara un progetto esecutivo rispetto al quale i concorrenti in sede di offerta elaborano soluzioni migliorative;
- c) mentre nell'appalto concorso il punteggio relativo alla progettazione (valore tecnico delle opere progettate) investe le intere progettazioni presentate dai concorrenti e deriva perciò dalla comparazione tra progettazioni definitive ed esecutive elaborate *in toto* dai concorrenti, nella gara su progetto aperto il punteggio relativo alla progettazione riguarda soltanto il *grado di miglioramento* apportato da ciascun concorrente al progetto a base di gara.

4.2.7 Concessione di costruzione e gestione dell'opera.

La concessione di costruzione e gestione dà vita ad un rapporto giuridico nel quale il concessionario si impegna a progettare e a realizzare l'opera a sue spese ed a gestirla per un certo numero di anni; e l'amministrazione, dal canto suo, assente a che il concessionario faccia propri, per la durata della concessione, i proventi della gestione (art. 19, co. 2 e segg: art. 20, co. 2; art. 21, co. 2, lett. b, della legge).

Il corrispettivo del concessionario per la costruzione dell'opera e per la gestione del servizio è perciò costituito in tutto o in parte dai proventi della gestione (in parte, quando l'ente concedente, avendo fin dall'inizio parte della disponibilità finanziaria, stabilisce di pagare nel corso dei lavori una quota del corrispettivo).

A questa forma di esecuzione si ricorre generalmente quando:

- a) l'amministrazione non disponga in tutto o in parte del finanziamento per realizzare l'opera;
- b) si tratti di opera suscettibile di sfruttamento economico; suscettibile cioè, una volta realizzata, di assicurare proventi attraverso la sua futura gestione;
- c) l'amministrazione non disponga della progettazione dell'opera ed intenda farla eseguire dal concessionario in tempi brevi (che essa non sarebbe in grado di rispettare), accollandogli oneri e rischi della progettazione stessa. Per tale via si coinvolge l'interesse del concessionario sia ad una rapida e corretta progettazione, sia ad una rapida e corretta esecuzione delle opere; ciò perché prima le opere entreranno in esercizio e prima il concessionario inizierà a ricavare i proventi derivanti dall'esercizio stesso.

Va sottolineato che l'amministrazione, quanto alla progettazione da far eseguire, ha varie opzioni, e cioè:

- 1) porre a base di gara il progetto preliminare e richiedere la progettazione definitiva ed esecutiva;
- 2) porre a base di gara la progettazione definitiva e richiedere quella esecutiva (arg. da art. 20, co 2, della legge);
- 3) porre infine a base di gara la progettazione esecutiva e richiedere la sua revisione o il suo completamento (art. 19, co. 2, ultimo periodo, della legge).

La concessione di costruzione e gestione può avere luogo attraverso i due seguenti moduli:

- quello ordinario;
- quello su iniziativa del c.d. promotore.

La concessione ordinaria.

Il modulo ordinario (concessione di costruzione e gestione dell'opera in senso stretto) risulta disciplinato dall'art. 19, co. 2 e 2 bis, e dall'art. 20, co. 2, della legge, nonché dagli artt. 84 - 87 e 91 reg.

L'affidamento di questo tipo di concessione segue le fasi procedurali proprie della licitazione privata, e cioè: pubblicazione del bando con l'indicazione dei requisiti di partecipazione richiesti; selezione dei concorrenti da invitare a seguito delle domande di partecipazione inoltrate dagli aspiranti concorrenti interessati; spedizione delle lettere di invito ai concorrenti qualificati idonei; presentazione delle offerte; esperimento della gara; aggiudicazione.

A base di gara viene posto un progetto elaborato dall'amministrazione ad uno dei livelli prima detti.

In sede di gara i concorrenti formulano l'offerta secondo i criteri di cui all'art. 21, co. 2, lett. b), della legge, e cioè elaborano la progettazione nel grado richiesto ed indicano tutti o alcuni degli elementi di cui all'art. 87 reg., tra i quali assumono particolare rilievo il tempo di esecuzione dei lavori, la durata della concessione, il livello delle tariffe, le modalità e la qualità della gestione, il piano finanziario.

L'aggiudicazione avviene previo parere di una commissione di esperti secondo criteri analoghi a quelli dell'appalto concorso (art. 21, co. 4, ss., della legge; artt. 84, 91 e 92 reg.).

La concessione mediante promotore.

Procedura alternativa a quella ordinaria è la procedura su iniziativa del promotore (c.d. *project financing*).

Mentre nella prima la progettazione a base di gara è elaborata dall'amministrazione, in questo caso, disciplinato dagli artt. 37 bis e seguenti della legge, l'iniziativa della redazione del progetto preliminare è assunta da un imprenditore (c.d. promotore) che lo sottopone all'amministrazione, la quale, ove lo valuti positivamente, lo inserisce nei propri programmi e indice sulla base di esso una gara pubblica con procedura identica a quella descritta al precedente sottoparagrafo.

Più in particolare, il procedimento si articola nelle seguenti fasi:

- a) entro 20 giorni dalla redazione degli atti programmatori, le amministrazioni rendono pubblica (con le modalità di cui all'art. 37 bis, co. 2 bis, della legge) la presenza, nei propri programmi, di interventi realizzabili con capitali privati in quanto suscettibili, una volta realizzati, di gestione economica;
- b) gli interessati, a seguito di tale pubblicazione, possono presentare alle amministrazioni proprie proposte, corredate, tra l'altro, da un progetto preliminare (art. 37 bis, co. 1, della legge);
- c) le amministrazioni, con provvedimento motivato, individuano la proposta ritenuta migliore, la quale per tale via diviene la proposta del promotore;
- d) l'ente appaltante indice, sulla base di tale progetto preliminare, una gara pubblica con procedura identica a quella descritta al precedente sottoparagrafo, cui però non concorre il promotore; la gara stessa non si conclude con l'aggiudicazione, ma semplicemente con l'individuazione delle due offerte migliori;
- e) il procedimento prosegue e si conclude con una negoziazione tra i soggetti che hanno presentato le due migliori offerte ed il promotore, e cioè con la presentazione da parte di questi tre soggetti di ulteriori proposte migliorative tra le quali l'amministrazione sceglie motivata-

mente quella da essa ritenuta più vantaggiosa e che meglio soddisfa il pubblico interesse (art. 37 *quater* della legge). Da notare che l'art. 37 *ter*, ultimo co., prevede una sorta di diritto di prelazione del promotore, nel senso che egli, a conclusione della negoziazione, può adeguare la propria offerta a quella del concorrente meglio classificato a seguito della negoziazione stessa. In tal caso, il promotore risulta aggiudicatario.

4.2.8 Trattativa privata.

La trattativa privata è ammessa eccezionalmente soltanto nei casi stabiliti dall'art. 24 della legge.

Allorché è ammessa, l'affidamento avviene attraverso gara informale alla quale sono invitati almeno 15 concorrenti (art. 24, co. 5, della legge).

4.3 PRESUPPOSTI GIURIDICI PER LA SCELTA DELLE VARIE TIPOLOGIE DI GARA.

Il *pubblico incanto* e la *licitazione privata* sono i sistemi ordinari di scelta dell'appaltatore. L'ente appaltante vi ricorre in via usuale privilegiando per la sua maggior speditezza il pubblico incanto, salvo che non sia ritenuta più aderente alle esigenze del caso concreto la licitazione privata.

L'*appalto integrato*, disciplinato dall'art. 19, co. 1, lett. b), della legge è sistema straordinario. L'ente appaltante vi ricorre generalmente nei casi in cui ritenga proficuo fare redigere la progettazione esecutiva all'appaltatore in modo da adattarla alle esigenze esecutive dell'opera.

L'*appalto concorso* e la *gara su progetto aperto* sono sistemi straordinari. L'ente appaltante vi ricorre, con motivata decisione, in caso di opere di particolare complessità tecnica per le quali sia ritenuto necessario il confronto tra le soluzioni progettuali dei vari concorrenti.

La *concessione di costruzione e gestione* è sistema straordinario. L'ente appaltante vi ricorre, con motivata decisione, nei casi in cui non abbia disponibilità di fondi o comunque ritenga utile per il pubblico interesse attribuire al concessionario, in luogo di tutto o di parte del corrispettivo per eseguire i lavori, il diritto di gestire l'opera realizzata e di ricavarne i proventi per un determinato periodo.

La *trattativa privata* e l'esecuzione in economia sono sistemi eccezionali che l'ente appaltante può attuare esclusivamente nelle ipotesi tassative stabilite, rispettivamente, dall'art. 24 della legge e dall'art. 88 reg.

4.4 LIVELLI DI PROGETTAZIONE RICHIESTI PER CIASCUNA TIPOLOGIA DI GARA.

Appare opportuno riassumere brevemente i livelli di progettazione da porre a base dei vari procedimenti di gara. Tali livelli sono i seguenti:

- a) pubblico incanto e licitazione privata: *progetto esecutivo*;
- b) appalto integrato: *progetto definitivo*;
- c) gara aperta per lavori di manutenzione nei quali l'aggiudicatario resta obbligato per un determinato arco di tempo ad eseguire tutti gli interventi di manutenzione che si rendessero necessari entro un importo massimo: *dettagliato elenco di prezzi unitari* contenente la descrizione analitica di tutte le lavorazioni oggetto degli interventi di manutenzione previsti, ed eventualmente disciplinare tecnico per la migliore definizione di tali interventi;
- d) appalto concorso: *progetto preliminare*;
- e) gara su progetto aperto con possibilità per i concorrenti di proporre varianti migliorative al progetto a base di gara: *progetto esecutivo*;
- f) concessione di costruzione e gestione ordinaria: *progetto preliminare o definitivo o esecutivo*, a discrezione dell'amministrazione;
- g) concessione mediante promotore: *progetto preliminare* predisposto dal promotore;
- h) trattativa privata: *qualsiasi livello di progettazione*, a seconda delle circostanze del caso e a discrezione dell'amministrazione.

4.5 VALUTAZIONE DI ANOMALIA DELLE OFFERTE.

Come è noto, negli ultimi decenni il problema dei ribassi anomali ha assunto rilevanza particolare, sì da indurre il legislatore a prevedere meccanismi atti a scoraggiare il fenomeno; meccanismi che di seguito si passa ad esaminare.

4.5.1 Verifica di anomalia nel pubblico incanto, licitazione privata, appalto integrato e gara aperta per lavori di manutenzione.

L'art. 21, co. 1 *bis*, della legge stabilisce un meccanismo articolato nelle seguenti fasi:

- vengono prese in considerazione tutte le offerte ammesse alla gara, con esclusione perciò di quelle non ammesse o per motivi formali o perché non hanno fornito la prova del possesso dei requisiti di idoneità richiesti;
- viene calcolato il 10%, arrotondato all'unità superiore, del numero di

- tutte le offerte ammesse (così, per es., se le offerte ammesse sono 21, il 10% è 2,1 che, arrotondato all'unità superiore, diviene 3);
- vengono escluse sia le offerte di maggior ribasso, sia le offerte di minor ribasso nello stesso numero come sopra determinato (c.d. *taglio delle ali*);
 - viene calcolata la media aritmetica dei residui ribassi offerti (media generale);
 - si individuano gli scarti, rispetto alla predetta media, delle offerte inferiori alla media stessa;
 - si calcola la media aritmetica di tutti gli scarti predetti (per es., se la media dei ribassi è 10 ed inferiori a 10 risultano 3 offerte pari a 12, 14 e 16, si determinano gli scarti - e cioè, 2, 4 e 6 - e si fa la loro media aritmetica, e cioè $12 : 3 = 4$);
 - si somma la media degli scarti alla media generale dei ribassi, ottenendosi la media finale (c.d. *soglia di anomalia*).

Concluse tali operazioni le modalità del subprocedimento sono diverse a seconda che si tratti di appalti di importo inferiore, ovvero pari o superiori alla soglia comunitaria (controvalore in euro di 5 milioni di DSP).

Nel primo caso, si procede all'*esclusione automatica* di tutte le offerte i cui ribassi risultino pari o maggiori della media finale (o soglia di anomalia) e l'appalto viene aggiudicato alla prima delle offerte non anomale.

Nel secondo caso, non si procede all'*esclusione automatica* di tali offerte, ma si sottopongono le stesse ad un procedimento di verifica di cui si dirà tra poco; ciò perché alle procedure di affidamento degli appalti di importo pari o superiore a 5 milioni di euro sono applicabili le disposizioni della direttiva 93/37/CEE del 14.6.1993, la quale, all'art. 30, paragrafo 4, prevede che all'*esclusione* di una presunta offerta anomala possa pervenirsi, motivatamente, solo dopo la verifica delle giustificazioni fornite dall'offerente in contraddittorio con l'amministrazione, escluso pertanto qualsiasi meccanismo di *esclusione automatica*.

L'art. 21, co. 1 bis, della legge stabilisce che le offerte devono essere corredate (obbligo da ritenere stabilito a pena di esclusione) dalle giustificazioni concernenti le voci di prezzo più significative indicate nel bando di gara (o nella lettera di invito, in caso di licitazione privata) che costituiscano un importo non inferiore al 75% dell'ammontare dell'appalto. Tali giustificazioni, da allegare all'offerta, devono necessariamente contenere le analisi dei prezzi indicati, costituendo queste l'unico elemento attraverso cui l'amministrazione può concretamente operare un raffronto con i corrispondenti prezzi di mercato.

Il seggio di gara, una volta calcolata la soglia di anomalia ed individuate le offerte da sottoporre a verifica, sospende le operazioni di gara e rimette gli atti al responsabile del procedimento, il quale, in sedute non pubbliche, con l'ausilio dei propri uffici tecnici,

valuta le giustificazioni presentate unitamente all'offerta (art. 89, co. 2, reg.).

Il responsabile del procedimento non dovrebbe necessariamente richiedere giustificazioni in ordine all'ulteriore 25% delle voci di prezzo perché ciò costituisce soltanto una sua facoltà; infatti allorché le giustificazioni presentate unitamente all'offerta relative al 75% delle voci siano di per se sufficienti a fondare il giudizio di anomalia o, al contrario, di accettabilità dell'offerta, non si vede perché l'amministrazione debba necessariamente procedere ad un adempimento superfluo e perciò irrilevante in ordine alla decisione da assumere. Peraltro, recenti indirizzi giurisprudenziali si sono espressi in senso contrario, sicché appare prudente che il responsabile del procedimento richieda e valuti sempre le giustificazioni relative all'ulteriore 25% delle voci.

Il responsabile del procedimento deve completare il giudizio di anomalia entro il termine di 60 giorni dalla data di presentazione dell'offerta; termine che però non appare perentorio, perché dalla sua inosservanza non derivano conseguenze sul procedimento (se non nel caso in cui nel frattempo sia scaduto il termine di validità dell'offerta). L'elemento centrale del giudizio di congruità deve essere costituito dal raffronto tra i prezzi elementari desunti dalle analisi e i corrispondenti prezzi di mercato, mentre altri elementi di carattere generale possono rappresentare elementi collaterali, e perciò secondari, di valutazione.

L'esclusione dell'offerta ritenuta anomala è legittima soltanto se fondata su una motivazione concreta che dimostri lo scostamento tra il prezzo offerto e la realtà di mercato, e perciò l'inaffidabilità dell'offerta stessa.

Una volta effettuata la verifica ed assunte le conseguenti decisioni, la commissione in una nuova seduta pubblica dispone l'esclusione delle offerte giudicate anomale e pronuncia l'aggiudicazione dell'appalto alla prima offerta non anomala.

Infine, sia al di sotto sia al di sopra della soglia comunitaria, qualora il numero delle offerte valide è inferiore a 5, non si applica il meccanismo ora descritto ai fini della individuazione delle offerte anomale, per cui l'appalto va aggiudicato all'offerta più conveniente per l'ente appaltante. Resta in tal caso il potere discrezionale dell'amministrazione di individuare, attraverso sue autonome valutazioni, le offerte che presentino sospetti di anomalia e che perciò richiedano la verifica di congruità (art. 89, co. 2, reg.).

4.5.2 Verifica di anomalia nell'appalto concorso, gara su progetto aperto e concessione.

Alla verifica di congruità delle offerte che si presumono anormalmente basse non provvede la commissione di gara, bensì l'ente appaltante successivamente alla chiusura dei lavori della commissione, tramite i suoi uffici, ai sensi degli artt. 91, co. 4, e 64, co. 6, reg. Secondo quest'ultima disposizione, l'amministrazione può prevedere nel bando che chiederà le giustificazioni agli offerenti che abbiano ricevuto un punteggio pari o superiore ai quattro quinti del punteggio massimo, e perciò pari o superiore a ottanta centesimi.

La *ratio* della disposizione risiede nella presunzione che punteggi eccessivamente alti (superiori a 80/100) devono necessariamente far sospettare che l'aspetto economico dell'offerta sia affetto da anomalia e richieda una verifica concreta.

4.6 AFFIDAMENTI IN ECONOMIA.

L'affidamento dei lavori in economia può aver luogo esclusivamente nei seguenti casi tassativamente indicati dall'art. 88 reg., e cioè:

- a) *manutenzione o riparazione di opere od impianti quando l'esigenza è rapportata ad eventi imprevedibili e non sia possibile realizzarle con le forme e le procedure previste agli articoli 19 e 20 della legge;*
- b) *manutenzione di opere o di impianti di importo non superiore a 50.000 euro;*
- c) *interventi non programmabili in materia di sicurezza;*
- d) *lavori che non possono essere differiti, dopo l'infruttuoso esperimento delle procedure di gara;*
- e) *lavori necessari per la compilazione di progetti;*
- f) *completamento di opere o impianti a seguito della risoluzione del contratto o in danno dell'appaltatore inadempiente, quando vi è necessità ed urgenza di completare i lavori.*

L'affidamento e l'esecuzione dei lavori in economia possono avvenire mediante:

- amministrazione diretta;
- cottimi.

Quando l'ente appaltante procede in amministrazione diretta esegue i lavori tramite proprio personale e mezzi sotto la diretta responsabilità del responsabile del procedimento. Tale forma è ammessa per interventi comportanti una spesa non superiore a 50.000 euro.

Quando l'amministrazione procede per cottimo il responsabile del procedimento affida i lavori ad un appaltatore in possesso dei requisiti di legge. A tal fine egli invita contestualmente almeno cinque imprese idonee a presentare offerta economica entro un determinato termine ed aggiudica al maggior ribasso, fatto salvo il potere di effettuare una negoziazione finale e di procedere a verifica di congruità delle offerte di cui si presume l'anomalia. È ammesso l'affidamento diretto per lavori di importo non superiore a 20.000 euro.

Va notato che, qualora vi sia disponibilità nell'ambito delle somme stanziare, la decisione di procedere in economia spetta al responsabile del procedimento (art. 145, co. 1, reg.). Ove, invece, le somme stanziare siano insufficienti, la decisione compete all'organo deliberante dell'ente appaltante su proposta del responsabile del procedimento.

4.7 COMPITI SPECIFICI DEL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO.

Relativamente alle procedure della licitazione privata e dell'appalto concorso, il responsabile del procedimento ha facoltà di promuovere un incontro preliminare con le imprese che abbiano richiesto di concorrere alla gara al fine di illustrare loro il progetto e valutare eventuali loro osservazioni sul medesimo (art. 8, co. 1, lett. g, reg.).

Va precisato che tale adempimento preliminare non costituisce un obbligo in quanto la sua attuazione è rimessa all'apprezzamento discrezionale del responsabile del procedimento che vi dà luogo "ove ne ravvisi la necessità".

I criteri cui deve ispirarsi il responsabile del procedimento in questa valutazione vanno sostanzialmente basati sul grado di complessità del progetto e su eventuali possibili incertezze cui lo stesso possa dar luogo.

Ne consegue che, di massima, nei casi di progetti di chiara impostazione non risulta necessario, mentre al contrario può risultare strumento assai utile relativamente ai progetti particolarmente complessi e di dimensioni considerevoli.

Qualora nel corso dell'incontro preliminare siano formulate osservazioni da parte delle imprese che rendono edotto il responsabile del procedimento di incertezze progettuali o della necessità di suoi affinamenti, è da ritenere che egli abbia facoltà di sospendere la prosecuzione della procedura di gara e riferire le circostanze accertate all'organo deliberante dell'amministrazione onde assumere i provvedimenti del caso (per es., una integrazione progettuale o l'avvio di ulteriori approfondimenti atti ad eliminare le incertezze riscontrate).

Strettamente connesso a tale primo adempimento facoltativo, preliminare all'avvio delle procedure di licitazione privata e appalto concorso, è l'ulteriore adempimento, previsto dall'art. 71, co. 1, reg., avente carattere obbligatorio, concernente qualsiasi procedimento di gara. Secondo tale norma, il responsabile del procedimento, prima di assentire all'avvio delle procedure di gara, è tenuto ad acquisire un'attestazione del direttore dei lavori in ordine ai seguenti accertamenti:

- accessibilità delle aree e degli immobili interessati dai lavori secondo le indicazioni risultanti dagli elaborati progettuali;
- assenza di impedimenti sopravvenuti rispetto agli accertamenti effettuati prima dell'approvazione del progetto;
- conseguente realizzabilità del progetto anche in relazione al terreno, al tracciamento, al sottosuolo ed a quanto altro occorre per l'esecuzione dei lavori.

L'eventuale omissione di questo preliminare obbligatorio adempimento può essere fonte di responsabilità per l'amministrazione allorché in sede esecutiva emergano impedimenti all'esecuzione dei lavori che con la verifica di cui all'art. 71, co. 1, reg. avrebbero potuto essere accertati ed ovviamente eliminati.

Analoghe conseguenze comporta una attestazione inesatta (che erroneamente dichiara

l'inesistenza di ostacoli all'avvio della gara) poiché viene a coinvolgere ed accentuare pienamente la responsabilità dell'amministrazione circa la *eseguibilità* dei lavori, sicché nel caso di impedimenti essa risponde a titolo di mancata cooperazione nell'esecuzione dei lavori.

Altro delicato compito del responsabile del procedimento è quello di proporre all'organo deliberante dell'amministrazione il sistema di affidamento dei lavori da adottare nel caso specifico (art. 8, co. 1, lett. h, reg.).

Di regola il responsabile del procedimento dovrebbe optare per i sistemi ordinari, e cioè per il pubblico incanto o per la licitazione privata, nei quali, venendo posto a base di gara un progetto esecutivo, vi è certezza fin dall'inizio della procedura in ordine al contenuto dei lavori da eseguire.

Tra i due sistemi, poi, è sicuramente da preferire il pubblico incanto in ragione della sua maggiore celerità, considerato che esso si svolge in un'unica fase, in quanto alla pubblicazione del bando segue direttamente la presentazione delle offerte.

All'appalto integrato dovrebbe farsi ricorso esclusivamente in casi del tutto particolari nei quali il responsabile del procedimento valuti che la progettazione esecutiva possa essere utilmente redatta dall'appaltatore prima dell'inizio dei lavori.

Deve perciò in linea di massima trattarsi di opere ad elevato contenuto tecnologico, rispetto alle quali sia ritenuto altamente utile l'apporto dell'appaltatore nella redazione della progettazione esecutiva.

Per ciò che riguarda l'appalto concorso, si tratta di sistema di gara del tutto particolare per il quale il responsabile del procedimento può optare allorché ritenga indispensabile che le progettazioni definitive ed esecutive siano redatte dal concorrente e messe a confronto tra loro in sede di gara.

Da notare che in tal caso la scelta del sistema richiede una decisione che evidenzi la complessità o l'elevato contenuto tecnologico dei lavori da appaltare.

La gara su progetto aperto va considerato sistema assolutamente eccezionale in quanto limitato ai casi in cui, pur disponendo l'amministrazione della progettazione esecutiva, il responsabile del procedimento ritenga che la stessa necessiti di miglioramenti attraverso proposte di variante da parte dei concorrenti da mettere a confronto in sede di gara.

La scelta del sistema della concessione di costruzione e gestione ha luogo esclusivamente per le opere che una volta realizzate siano suscettibili di sfruttamento economico. Il responsabile del procedimento ne propone l'adozione quando l'amministrazione non sia interessata alla futura gestione o quando non disponga dell'intero finanziamento, oppure nei casi in cui ritenga di coinvolgere l'interesse dell'appaltatore alla rapida esecuzione dei lavori, dipendendo la percezione, da parte dello stesso, di proventi della successiva gestione dall'ultimazione, appunto, dell'opera.

La trattativa privata, poiché si può prestare ad indebite preferenze, si presenta come un sistema eccezionale; il responsabile del procedimento può proporre l'adozione esclusi-

sivamente nei casi stabiliti dall'art. 24 della legge.

Sono ipotizzabili due forme di trattativa privata:

- la prima è quella a soggetto vincolato, nella quale, cioè, la ragione che legittima il ricorso alla trattativa privata risiede nella particolare posizione ricoperta da un imprenditore, che perciò risulta *l'unico soggetto* con cui esperire appunto la trattativa. Si parla in tal caso di trattativa privata a soggetto vincolato (es. il caso dell'art. 41, punto 6, reg. 827/24 nel quale ulteriori lavori vengono affidati all'esecutore di un appalto iniziale a causa della strettissima connessione tecnica e funzionale esistente tra i due lavori);
- la seconda è quella nella quale non ricorre l'esigenza prima detta, sicché l'amministrazione tratta con una *pluralità di soggetti*. Si parla in tal caso di trattativa privata plurima.

Proprio perché la trattativa privata costituisce sistema di scelta del contraente di carattere eccezionale, l'atto con cui il responsabile del procedimento propone di ricorrervi deve contenere l'indicazione della specifica disposizione che nel caso concreto legittima la trattativa, nonché una motivazione che evidenzi la sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto che consentono l'applicabilità di quella disposizione.

Infine, per quanto riguarda l'esecuzione dei lavori in economia, tale sistema può essere attuato quando ricorrono i presupposti tassativamente indicati dall'art. 88, reg. L'esecuzione in amministrazione diretta è possibile nei casi in cui l'importo dei lavori non superi i 20.000 euro (art. 143, co. 3, reg.); quella mediante cottimi è invece consentita per lavori che non eccedano l'importo di euro 200.000 (art. 144, co. 1, reg.; art. 24, co. 6, della legge).

Affidamenti diretti possono essere disposti nei limiti di importo di 20.000 (art. 144, co. 2, reg.); per i lavori di importo superiore debbono invece essere espletate, da parte del responsabile del procedimento, gare ufficiose al massimo ribasso con almeno cinque inviati (art. 144, co. 1 e 2, reg.).

La decisione di procedere con il sistema in economia è di competenza del responsabile del procedimento quando tra le somme stanziare vi sia la necessaria copertura finanziaria; essa spetta invece all'organo deliberante dell'ente appaltante, su proposta del responsabile del procedimento, nei casi in cui tale copertura manchi o risulti insufficiente (art. 145, co. 1, reg.).

Il responsabile del procedimento, infine, vigila sul corretto espletamento delle procedure di gara.

Sul punto, è da tenere presente che la disciplina di quasi tutte le amministrazioni subordina l'efficacia dell'aggiudicazione proclamata dal presidente del seggio di gara alla sua approvazione da parte di un organo dell'amministrazione stessa, che in tal caso pertanto svolge una funzione di controllo. È da ritenere che, pur in assenza di disposizioni legislative o regolamentari che prevedano il potere di approvazione dell'aggiudicazione, l'amministrazione possa legittimamente riservarsi questo potere con una deter-

minazione espressa, e perciò portata a conoscenza degli interessati con il bando o con la lettera di invito.

Il provvedimento di approvazione è atto di controllo che comporta un'indagine di legittimità sul corretto svolgimento dell'*iter* di gara; per es., se un concorrente sia stato illegittimamente escluso o illegittimamente ammesso, o se il seggio o la commissione siano incorsi in comportamenti integranti gli estremi della violazione di legge o dell'eccesso di potere amministrativo.

L'opera del responsabile del procedimento, nel contesto della fase di approvazione della gara, è dunque volta a verificare se uno dei momenti del procedimento di gara sia affetto da vizi.

In caso di esito negativo l'approvazione ha luogo e l'aggiudicazione diviene efficace; qualora, invece, vengono ravvisati vizi, ha luogo il diniego dell'approvazione della gara, al quale, in ossequio al principio di conservazione del procedimento, deve seguire la riapertura del procedimento di gara espletato affinché il seggio o la commissione sanino il vizio rilevato in sede di controllo (per es., con la riammissione dell'offerta illegittimamente esclusa) e concludano il procedimento.

Infine, a conclusione del presente paragrafo, va messo in rilievo, relativamente all'attività degli *enti locali*, la disposizione di cui all'art. 107 del D.Lgs 18.8.2000, n. 267 che accentra nella competenza dei dirigenti degli enti locali pressoché tutte le funzioni attinenti alle procedure di gara, ed in particolare:

- a) la presidenza delle commissioni di gara;
- b) la responsabilità delle procedure di gara;
- c) la stipula dei contratti.

Sul punto la giurisprudenza, in modo assolutamente univoco, afferma che, sulla base della disposizione dell'art. 107 del D.Lgs. 267/2000 che ha riprodotto la disposizione dell'art. 51 della legge 8.6.1990, n. 142 (testo unico sulle autonomie locali), è assolutamente legittimo che il dirigente comunale responsabile del procedimento cumuli una pluralità di funzioni in materia di appalti, e cioè l'indizione della gara, la presidenza della commissione di gara, la responsabilità delle procedure di appalto, la stipula dei contratti e l'approvazione delle procedure espletate (Cons. St., V, 26.9.2002, n. 4938; Cons. St., V, 6.5.2002, n. 2408; Cons. St., V, 12.4.2001, n. 2293; Cons. St., V, 26.1.1999, n. 64; TAR Lombardia, 111, 4.4.2002, n. 1297; TAR Campania, 1, 6.3.2002, n. 1239, e numerose altre).