

LA TRATTATIVA PRIVATA PER L’AFFIDAMENTO DI LAVORI PUBBLICI DI IMPORTO INFERIORE A 100.000,00 EURO

Come è noto la legge 109/94, nella sua ultima versione dovuta alla legge n. 166 del 2002, ha aggiunto all’art. 24 il comma 0a, che **“liberalizza”** il ricorso alla trattativa privata per lavori di importo non superiore a 100.000 euro.

In precedenza, come si ricorderà, la trattativa privata era ammessa per lavori di importo non superiore a 300.000 euro solamente nei casi di cui all’art. 41 del R.D. n. 827 del 1924

Ora, per effetto della novella sopra richiamata, la stazione appaltante, ove decida di ricorrere alla trattativa privata, lo può fare liberamente, svincolata come è sia dai presupposti di cui al citato art. 41 che dall’obbligo di esperire la gara informale di cui all’art. 78 del DPR n. 554/1999.

Ovviamente, trattandosi di trattativa privata, e non di trattativa interprivati, la liberalizzazione non ha eliminato l’obbligo della motivazione (art. 24, c. 2, legge 109/94)

La trattativa privata rimane, comunque, un sistema eccezionale di scelta del contraente e come tale presuppone una scelta motivata da parte dell’amministrazione

La motivazione, entro la soglia dei 100.000 euro, non potrà limitarsi al mero riferimento alla norma di legge che in astratto consente di ricorrervi, ma dovrà, in particolare, far riferimento ad una valutazione costi/benefici, confrontando l’efficienza, la celerità e la semplicità della trattativa privata **liberalizzata** con i vantaggi che potrebbero derivare da una procedura concorsuale di tipo aperto

Una volta adempiuto a tale obbligo, la stazione appaltante, nella ipotesi in esame, può comportarsi *iure privatorum*, salvaguardando, ovviamente, i principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza

L'ampia discrezionalità accordata dal legislatore della 166/2002 risponde evidentemente alle attuali esigenze di economicità e di efficacia dell'azione amministrativa

Basti pensare infatti che ove, per l'affidamento di interventi di minore rilevanza, si ricorresse indiscriminatamente alle gare ad evidenza pubblica, la cui durata media sembra essere di 81,5 giorni, la fase dell'affidamento dell'appalto eccederebbe il tempo necessario per l'esecuzione dello stesso.

L'ambito oggettivo di destinazione della norma in esame riguarda proprio lavori di modesta entità economica, solitamente, di manutenzione su immobili ed impianti, quasi sempre caratterizzati dall'urgenza di provvedere

Si tratta, in genere, di interventi non programmabili o che si eseguono "a guasto" in quelle realtà in cui, non disponendo di contratti di manutenzione programmata, si aspetta, per intervenire, che l'impianto cessi di funzionare.

E' evidente, che in questi casi, l'urgenza che accompagna quasi sempre le segnalazioni del relativo bisogno, il più delle volte non può essere correlata ad eventi imprevedibili (*cf. art 41 R.C.S.*) ed ancor meno può essere qualificata come imperiosa o estrema (*cf. direttive comunitarie*).

Per cui, in passato, il ricorso alla trattativa privata, giustificato dall'urgenza di provvedere, costituiva, quasi sempre, un abuso, in quanto la situazione di necessità era quasi sempre determinata da mancanza di programmazione o peggio da negligenza.

Ora, invece, si può scegliere di procedere all'affidamento di lavori, entro il limite dei 100.000 euro, senza dover invocare alcuna delle situazioni, vere o presunte, di cui al già citato art. 41 RCS.

Inoltre, non deve sfuggire l'altro particolare, quello cioè dell'assenza di disposizioni procedurali per lo svolgimento della trattativa privata per lavori fino a 100.000 euro.

Se si considera che l'apparente modestia della soglia dei 100.000 euro riguarda, in realtà, gran parte dell'attività contrattuale di molti enti, ci si rende conto della portata innovativa della norma in esame, a torto tralasciata dalle analisi degli studiosi.

Tant'è che si può affermare, senza ombra di smentita, che, per la prima volta e limitatamente all'importo dei 100.000 euro, il legislatore ha messo da parte la tradizionale sfiducia che lo ha sempre ispirato nel legiferare in materia di appalti pubblici, per offrire alle pubbliche amministrazioni uno strumento operativo agile ed in linea con quella cultura del risultato tanto auspicata dalle politiche innovative della pubblica amministrazione.

Eppure, nonostante il processo di rinnovamento culturale sopra accennato, intrapreso da circa 20 anni, ed il chiaro tenore letterale della norma in esame, si continua a consigliare il ricorso alla gara informale anche nell'ipotesi di cui al comma O/a dell'art. 24 della legge n. 109/94.

Già in sede dei lavori preparatori (v. XIV Legislatura, seduta del Senato n. 178 del 17/7/2002) venne evidenziata l'assoluta mancanza di garanzie della trattativa privata liberalizzata e l'opportunità di farla precedere da una gara informale.

Seguire questa via, auspicata anche dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella raccomandazione del 17.12.1999, consentirebbe il duplice beneficio di ottenere offerte serie, in quanto frutto di un sistema concorrenziale e, nel contempo, inattaccabili sotto il profilo della procedura e quindi dell'immagine della pubblica amministrazione.

La gara informale, definita, peraltro, *una contradictio in terminis*, si configura come una procedura ad evidenza pubblica che, sebbene sia caratterizzata dall'informalità, prevede modalità di formulazione e di trasmissione delle offerte secondo la disciplina delle gare formali ad evidenza pubblica, al fine di garantire trasparenza e par *condicio* fra gli offerenti, principi che devono essere rispettati ogni qual volta si procede ad una valutazione comparativa delle offerte, ancorché ciò avvenga attraverso gara informale (Cons. Stato Sez. V, 20 ottobre 2000, n. 5633).

E' evidente che la gara informale, quanto ai tempi di espletamento, e non solo, è pressoché uguale a quella formale/aperta e che, pertanto, una sua adozione anche nel caso della trattativa privata liberalizzata, non consentirebbe alle amministrazioni di operare con quella celerità che spesso le circostanze richiedono.

Occorre poi aggiungere che le gare informali o ufficiose vengono effettuate non già da uffici specializzati, quali quello contratti e appalti, ma dagli uffici che sono interessati al particolare lavoro (generalmente uffici tecnici), che, per la sporadicità con cui vi ricorrono, possono difettare di quella esperienza e specializzazione che sono necessarie ed incorrere, conseguentemente, in errori ed anomalie, che possono pregiudicare sia il buon esito del risultato sotto il profilo economico che la stessa legittimità dell'aggiudicazione.

Insomma, continuare ad adottare la trattativa privata **procedimentalizzata**, per le solite esigenze di garanzia, anche laddove il legislatore ha inteso liberalizzarla, significherebbe vanificare lo sforzo fatto dallo stesso legislatore di consentire alle amministrazioni di gestire liberamente e responsabilmente gli affidamenti di lavori sotto i 100.000 euro.

Occorre, invece, lasciare "libere, le singole stazioni appaltanti di poter scegliere, di volta in volta, le modalità più opportune per fronteggiare specifici bisogni, atteso che la legge lo consente.

D'altronde, dopo anni di riforme che hanno innovato i modelli organizzativi e gestionali, è giunto forse il momento di verificare, anche attraverso la novità del comma O/a dell'art. 24 più volte citato, il grado di affidabilità raggiunto dalla pubblica amministrazione.

Quanto alla tutela delle posizioni soggettive collegate all'espletamento della trattativa privata liberalizzata e alle garanzie di obiettivo perseguimento dell'interesse pubblico, valgono sempre le norme che disciplinano il procedimento amministrativo nonché le regole di correttezza e buona fede che devono caratterizzare la fase che precede la conclusione del contratto (responsabilità precontrattuale).

E' pur vero, tuttavia, che quanta maggiore è l'urgenza di provvedere e di conseguenza la necessità di adottare procedure rapide, tanto più è sentita l'esigenza di porre in essere prove documentali idonee a fronteggiare possibili critiche, spesso immotivate.

Quando l'urgenza sia tale da non consentire indugi nell'affidamento dell'appalto e si decida di chiedere offerte nella forma verbale o telefonica, si proceda pure in tal senso, avendo premura di verbalizzare il cronologico svolgersi di tutte le operazioni che hanno portato all'affidamento dei lavori.

Ove, poi, l'urgenza non sia "imperiosa" si potrebbero adottare procedimenti idonei a coniugare le esigenze di semplificazione e di accelerazione degli affidamenti e, dunque, di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa con le altrettanti pregnanti esigenze di trasparenza e concorrenzialità.

Tanto per fare un esempio, l'operatore amministrativo, finalmente, ha la possibilità di mettere in atto quello che ha sempre pensato ma non ha mai osato dire: invitare le imprese a presentare, in busta chiusa, solamente l'offerta economica.

Una tale prassi operativa consentirebbe, nel contempo, di:

- evitare la solita montagna di carta e di ceralacca che ingombra il tavolo della commissione di turno;
- evitare la defatigante ricerca dei componenti della commissione, in quanto all'apertura delle offerte provvederebbe il solo responsabile del procedimento
- ridurre i tempi tecnici di individuazione del contraente, dai previsti 81 giorni della gara informale a non più di 15 giorni, atteso che i concorrenti avrebbero l'onere di redigere la sola offerta economica, previo, ovviamente sopralluogo o esame di elaborati tecnici
- garantire la trasparenza e l'imparzialità della scelta, in quanto gli inviti a presentare l'offerta economica verrebbero diramati contemporaneamente e l'apertura delle offerte avverrebbe alla presenza degli stessi offerenti

Ovviamente per ottenere i risultati sopra elencati è necessario disporre di un elenco di imprese prequalificate, atteso che la qualificazione è obbligatoria per chiunque esagua lavori pubblici e che l'eventuale verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario richiederebbe tempi incompatibili con l'urgenza che solitamente accompagna tali affidamenti.

Sappiamo come, in passato, pur di soddisfare l'esigenza di trovare il numero minimo di imprese per assicurare una gestione tranquilla della gara informale, si sia fatto ricorso addirittura alle pagine gialle con tutte le conseguenze negative che potevano derivare dalla estensione degli inviti ad imprese che si conoscevano solo per essere iscritte in tali elenchi

Quello della individuazione delle ditte da invitare è un vero e proprio nodo da sciogliere, se si vuole soddisfare la duplice esigenza dell'urgenza e della trasparenza.

Se si dispone di albi aggiornati di imprese o degli elenchi dei soggetti da invitare alle licitazioni semplificate, tutto diviene più semplice, in quanto è sufficiente attingere da questi

In questi casi è opportuno attivare il criterio della rotazione facendo in modo che nella lista delle imprese invitate figurino anche ditte che operano già sul posto, per essersi aggiudicati altri lavori.

Un tale suggerimento operativo si fonda sulla constatazione che le ditte già impegnate sul posto presentano offerte più vantaggiose per l'amministrazione, in quanto possono distribuire su più lavori l'onere delle spese generali (trasferimenti, impianti di cantiere, ecc.)

Il numero delle imprese da invitare potrebbe essere calibrato in funzione dell'importo dell'appalto da affidare, essendo evidente la differenza tra un importo di 20.000 euro (soglia sotto la quale è tra l'altro consentito l'affidamento diretto del cottimo ai sensi dell'art. 144 del DPR n. 554/1999) ed un importo invece di poco inferiore a 100.000 euro.

Si potrebbe, solo per fare una delle tanti possibili ipotesi, consentire un affidamento diretto, in analogia alla disciplina del cottimo, per importi non superiori a 20.000 euro e prevedere invece un numero minimo di tre imprese da invitare per importi superiori a 20.000 euro e fino ad esempio a 50.000 euro, per arrivare ad un minimo di cinque, o più concorrenti, per importi da oltre 50.000 euro fino a 100.000 euro.

Al riguardo è interessante segnalare che la Regione Sicilia, con legge n. 7 del 2.8.2002, ha stabilito che il numero minimo delle imprese da invitare alla gara informale deve essere fissato in funzione della popolazione dei comuni: almeno cinque concorrenti nei comuni con popolazione inferiore ai 10.000 abitanti e almeno dieci concorrenti nei comuni con popolazione superiore ai 10.000 abitanti.

Superata la delicata fase della individuazione di un congruo numero di imprese prequalificate da invitare a presentare offerta, si procederebbe alla diramazione degli inviti ed alla successiva apertura delle buste contenenti le offerte, che potrebbe essere fissata entro 7/8 giorni dalla data dell'invito.

Indi, il procedimento si snoderebbe agile nelle successive fasi dell'apertura delle offerte, a cura del RUP ed alla presenza degli stessi offerenti o testimoni, della individuazione dell'offerta più vantaggiosa e della negoziazione delle condizioni contrattuali con la migliore offerente.

Così facendo, si potrebbe pervenire al provvedimento di affidamento dei lavori ed alla conseguente stipula del contratto entro un arco di tempo non superiore a 15 giorni dalla data di invio delle lettere d'invito.

Per concludere, a margine delle riflessioni fin qui fatte sulla novità del comma 0a dell'art. 24 della legge n. 109/94, non possiamo non richiamare una frase contenuta nel rapporto sullo stato della pubblica amministrazione curato, circa 20 anni fa, da Massimo Saverio Giannini: "Lo Stato non è un amico sicuro e autorevole, ma una creatura ambigua, ingannevole, lontana...la fiducia dei cittadini non si avrà finchè non sia cancellata l'odierna figura dello Stato"

C'è da chiedersi se, dopo 20 anni, il rapporto dei cittadini con lo Stato sia cambiato.

Vincenzo Di Matteo