

APPALTI IN ECONOMIA

Regola generale ed eccezione

La regola generale che domina l'affidamento pubblico è data c.d. procedura aperta.

Questa procedura si caratterizza, come noto, per la presenza di un bando di gara rispetto al quale ciascun operatore economico può presentare offerta, se in possesso dei requisiti prescritti.

Ciò premesso il legislatore ha altresì previsto che la stazione appaltante **possa** a determinate condizioni, utilizzare in alternativa alla procedura aperta la procedura negoziata la quale si caratterizza invero per l'assenza di un bando di gara, essendo direttamente la stazione appaltante ad invitare un certo numero di operatori economici a presentare offerta.

Occorre preliminarmente osservare quindi che l'utilizzo della procedura in economia, rispetto la procedura aperta rappresenta una mera facoltà che la stazione appaltante per altro può utilizzare solo in presenza delle condizioni indicate nel codice dei contratti.

**Postula quindi un potere discrezionale
il cui esercizio è demandato alla
stazione appaltante.**

La facoltatività si evince chiaramente dalla lettura dell'art. 125 ove testualmente la norma dispone che "*le acquisizioni in economia di beni, servizi, lavori, **possono** essere effettuate...*". La norma evidenzia la facoltà, giammai un obbligo, posto che lo strumento ordinario di affidamento è rappresentato dalla procedura aperta.

Laddove la stazione appaltante decida di avvalersi della norma, trattandosi di una facoltà discrezionale dovrà evidentemente motivare le ragioni in virtù delle quali decide di avvalersi di questo strumento alternativo.

La motivazione delle ragioni costituisce un principio generale dell'ordinamento codificato nell'art. 3 della legge sul procedimento, secondo cui ogni provvedimento amministrativo deve recare in sé la motivazione intesa quale esplicitazione delle ragioni che hanno indotto la pubblica amministrazione ad assumere una data decisione.

Queste ragioni devono essere sia in fatto che in diritto ossia devono dar conto dei presupposti giuridici e fattuali che hanno fondato l'iter decisionale della pubblica amministrazione.

Ne consegue che nella determinazione a contrarre, quale atto amministrativo con cui si inizia l'iter di affidamento di un appalto, la stazione appaltante dovrà motivare le ragioni di fatto e di diritto che sono alla base della sua decisione di procedere ad un affidamento in economia.

L'art. 192 del TUEL dispone infatti che nella determinazione a contrarre devmo essere indicate:

"Le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base".

Questo obbligo deriva dall'applicazione di un principio generale dell'ordinamento giuridico amministrativo che trovava applicazione giurisprudenziale ancor prima dell'entrata in vigore della legge sul procedimento. Costituisce *ius receptum* la necessità della motivazione ove una pubblica amministrazione ponga in essere una scelta discrezionale poiché deve dare conto nella medesima delle ragioni che l'hanno condotta ad agire in un modo anziché in altro

Motivazione in diritto: Per quanto attiene alla motivazione in diritto, il funzionario dovrà, prima di utilizzare la procedura in economia, dar conto di alcuni aspetti:

1. Avvenuto recepimento dell'art. 125 del D.Lgs 163/2006 in relazione all'oggetto e ai limiti di importo delle singole voci di spesa, preventivamente individuate con provvedimento di ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche esigenze (*ipotesi specificate in regolamenti o in atti amministrativi generali di attuazione emanati da ciascuna stazione appaltante*).
2. Rilevare che il servizio/fornitura oggetto dell'affidamento è annoverato, come oggetto e come limite di spesa, tra quelli indicati nell'elenco con riguardo alle proprie specifiche esigenze

Motivazione in fatto: Per quanto attiene alla motivazione in fatto, il funzionario dovrà, prima di utilizzare la procedura in economia, dar conto delle concrete ragioni che ritiene di addurre a fondamento della sua scelta (*queste ragioni ovviamente non attengono né alla specialità, né all'eccezionalità né alla somma urgenza, posto che il legislatore assolutamente non subordina l'utilizzo della procedura in economia alla presenza di condizioni patologiche dell'affidamento, ma solo in relazione al valore del medesimo ed alla predeterminazione di ciò che si ritiene acquisibile in economia*)

Consiglio di Stato 954 del 2005

...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 del 2005

Ha chiarito che l'utilizzo della procedura in economia non postula la presenza di ragioni di urgenza ovvero di specialità dell'affidamento in quanto si lega esclusivamente al valore economico della commessa pubblica

**Compatibilità dell'art. 125 del D.Lgs
163/2006 con il "tredicesimo
considerando" della Direttiva
66/2007**

Occorre preliminarmente ricordare che il tredicesimo considerando testualmente dispone che:

Per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, che secondo la Corte di giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore, è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive.

Pertanto, un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto. La carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo.

Il principio sotteso al tredicesimo considerando ha trovato piena attuazione nel nostro ordinamento dapprima nell'art. 44 della legge 69/2009 e poi nel D.Lgs 104/2010 laddove tra le gravi violazioni è annoverato appunto l'affidamento diretto illegittimo la cui sanzione è rappresentata dall'inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

A ben vedere il tredicesimo considerando non può ritenersi violato per una pluralità di considerazioni di ordine giuridico:

- il tredicesimo considerando trova applicazione specifica alla fattispecie degli affidamenti diretti illegittimità ossia quelli in violazione di legge! Qui è direttamente la legge che ne dispone!
- la Direttiva 66/2007 si applica agli affidamenti sopra soglia.
- la disapplicazione presuppone che vi sia una norma comunitaria direttamente applicabile nel nostro ordinamento;

***Il funzionario della stazione appaltante
in caso di contrasto tra norma
interna e norma comunitaria
direttamente applicabile, non deve
applicare la norma nazionale, ma
deve applicare la norma comunitaria.***

**Distinzione tra sondaggio
informale di mercato e
procedimento in economia**

Esiste una netta distinzione tra "sondaggio di mercato" e "gara ufficiosa" che trova conforto in una copiosa giurisprudenza amministrativa.

Il Consiglio di Stato, sez VI, con l'importante pronuncia 1881 del 29 marzo 2001 ha sul punto ribadito in termini concettuali che la gara ufficiosa è una categoria diversa dal mero sondaggio di mercato. Questo in quanto il sondaggio di mercato tende solo ad acquisire una conoscenza dell'assetto del mercato, e dunque dell'esistenza di imprese potenziali contraenti, e del tipo di condizioni contrattuali che sono disposte a praticare, per poi affidare l'incarico in via diretta. La gara ufficiosa invece oltre ad essere, come il sondaggio di mercato, strumento di conoscenza, implica anche una valutazione comparativa delle offerte, valutazione che è insita nel concetto stesso di gara.

Si evince chiaramente che il giudice amministrativo aveva già delineato quello che oggi è direttamente rintracciabile per *tabulas* nel DPR 207/2010 ossia che la procedura in economia nei limiti in cui non sia affidamento diretto previo sondaggio informale, è a tutti gli effetti un procedimento amministrativo volto alla scelta di un operatore economico nel pieno rispetto dei principi del codice. Basti pensare che l'art. 334 del DPR 207/2011 disciplina appositamente lo svolgimento della procedura, con puntuale indicazione dell'iter e dei contenuti della stessa.

Ne consegue che la distinzione mirabilmente operata dal Consiglio di Stato ha di fatto perso la sua reale consistenza o quanto meno risulta attualmente perimetrata al di sotto dei 40.000 euro in quanto sopra tale valore non esiste più il sondaggio informale, ma esiste invero una vera e propria procedura di affidamento se pur semplificata rispetto la gara ordinaria.

- ***Il sondaggio di mercato, tendente solo ad acquisire una conoscenza dell'assetto del mercato, e delle condizioni di prezzo praticate, trova applicazione solo ed esclusivamente per affidamenti sotto i 40.000,00 euro.***
- ***Per affidamenti pari o superiori a tale soglia il sondaggio di mercato non è sufficiente in quanto è necessario esperire una procedura secondo le indicazioni puntuali del DPR 207/2010 pena l'illegittimità dell'affidamento.***

**Distinzione tra gli appalti in
economia e le spese
economali**

L'art. 153, comma 7, del D.Lgs 267/2000 dispone che mediante il regolamento di contabilità dell'ente locale venga istituito un servizio di economato, cui viene preposto un responsabile, per la gestione di cassa delle spese di ufficio di non rilevante ammontare.

A differenza degli affidamenti in economia che sono procedimentalizzati, e che danno vita ad un contratto di appalto, nelle spese economali il contratto che viene stipulato è invece un contratto privatistico *tout court* ed il rapporto giuridico che nasce, intercorre esclusivamente tra il commerciante venditore e la persona fisica che stipula il relativo contratto.

Nella dinamica delle spese in economia invero il rapporto giuridico sorge tra la pubblica amministrazione per mezzo dell'attività del funzionario legato alla stessa per il tramite della c.d. rappresentanza organica, in forza della quale l'atto viene ascritto immediatamente alla sfera giuridica della pubblica amministrazione.

Ne consegue per altro una differenza anche in termini di responsabilità in quanto nell'ambito delle spese economiche si applica la disciplina della responsabilità contabile per maneggio denaro, laddove nelle procedure in economia trova applicazione l'ordinaria responsabilità erariale di cui alla legge 20/1994.

Nello specifico la responsabilità contabile è quella particolare responsabilità nella quale possono incorrere solo alcuni soggetti, ossia gli agenti contabili.

Gli agenti contabili sono tali coloro che hanno il maneggio del denaro o di altri valori mobili o la materiale disponibilità di beni.

È opportuno quindi chiarire brevemente le differenze con la responsabilità amministrativa ordinaria:

- la responsabilità contabile presuppone la disponibilità materiale del bene, mentre la responsabilità amministrativa presuppone solo la disponibilità giuridica del bene.
- La responsabilità amministrativa essendo atipica può ingenerarsi per qualsiasi comportamento che sia foriero di danno erariale in quanto comporti un pregiudizio suscettibile di valutazione economica, mentre la responsabilità contabile è tale solo per la violazione dell'obbligazione tipica relativa alla restituzione dei valori gestiti o custoditi.
- Nella responsabilità amministrativa è il pubblico ministero contabile a dover dimostrare il danno e la responsabilità, mentre nella responsabilità contabile la responsabilità in caso di ammanco si presume essendo l'agente contabile a dover giustificare l'eventuale ammanco.
- Mentre il giudizio sulla responsabilità è sempre eventuale, il giudizio sulla responsabilità contabile è obbligatorio in quanto vi è la presentazione del conto da parte dell'agente alla sezione giurisdizionale della Corte.

- ***Spese economali: sono contratti di diritto privato stipulati tra agente contabile in prima persona ed un privato fornitore***
- ***Spese in economia: danno vita ad un procedimento alla conclusione del quale si stipula un contratto di appalto pubblico laddove il funzionario interviene quale rappresentante della stazione appaltante***

L'art. 330 del D.P.R. 207/2010 chiarisce che nel rispetto degli atti di programmazione eventualmente previsti delle amministrazioni aggiudicatrici, le stazioni appaltanti possono fare ricorso alle procedure di acquisto in economia nelle ipotesi tassativamente indicate all'articolo 125 del codice, nonché delle ipotesi specificate in regolamenti o in atti amministrativi generali di attuazione emanati da ciascuna stazione appaltante con riguardo alle proprie specifiche esigenze, ai sensi dell'articolo 125, comma 10, del codice.

**Quindi macro distinzione tra lavori in
economia e servizi/forniture in
economia**

Nei lavori le fattispecie sono rigorosamente
previste per legge

Nei servizi e forniture sono previste per
legge ma sono integrabili dalla stazione
appaltante.

6. I lavori eseguibili in economia sono individuati da ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche competenze e nell'ambito delle seguenti categorie generali:
- 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 55, 121, 122;
 - b) manutenzione di opere o di impianti;
(lettera così modificata dall'art. 2, comma 1, lettera dd), d.lgs. n. 152 del 2008)
 - 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 e urgenza di completare i lavori.

Per i lavori in economia sono applicabili alle manutenzioni e mai per nuove opere!

L'art. 125 non può mai trovare applicazione per la nuove opere!

Alle nuove opere si applicare la discipline generale ovvero l'art. 122, comma 7, del DLGS 163 del 2006 il quale a sua volta prevede che:

7. I lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto, per lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro, ad almeno dieci soggetti e, per lavori di importo inferiore a 500.000 euro, ad almeno cinque soggetti se sussistono aspiranti idonei in tali numeri. I lavori affidati ai sensi del presente comma, relativi alla categoria prevalente, sono affidabili a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20 per cento dell'importo della medesima categoria; per le categorie specialistiche di cui all'articolo 37, comma 11, restano ferme le disposizioni ivi previste. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, conforme all'allegato IX A, punto quinto (avviso relativo agli appalti aggiudicati), contiene l'indicazione dei soggetti invitati ed è trasmesso per la pubblicazione, secondo le modalità di cui all'articolo 122, commi 3 e 5, entro dieci giorni dalla data dell'aggiudicazione definitiva; non si applica l'articolo 65, comma 1.

In nessun caso è ammesso l'affidamento diretto di nuove opere!

E' necessario sempre transitare da almeno 5 inviti a prescindere dal valore dell'opera.

Quadro di sintesi

Nuova opera:

almeno 5 preventivi ex art. 122, comma 7, dlgs 163/2006

Opere di manutenzione:

art. 125, comma 6, dlgs 163/2006

Da 0 a 39.999, affidamento diretto possibile

Da 40.000 a 200.000,00 almeno 5 preventivi

**Publicità e comunicazioni per
l'acquisizione in economia di
beni e servizi**

L'art. 330 del D.P.R. 207/2010 chiarisce che le procedure di acquisto in economia di beni e servizi non sono sottoposte agli obblighi di pubblicità e di comunicazione preventiva previsti dall'articolo 124 del codice per gli altri appalti di servizi e forniture sotto soglia.

Ciò premesso è opportuno sottolineare che la norma obbliga le stazioni appaltanti ad assicurare in ogni caso che le procedure in economia avvengano nel rispetto del principio della massima trasparenza, contemperando altresì l'efficienza dell'azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori economici.

L'esito degli affidamenti mediante cottimo fiduciario di cui all'articolo 334 del DPR 207/2010 è soggetto ad avviso di postinformazione mediante pubblicazione sul profilo del committente.

**L'operatore economico uscente
va invitato alla nuova
procedura in economia?**

Quando il contratto sulla cui base è stata previamente posta in essere la procedura in economia è prossimo alla scadenza ci si può porre la seguente domanda:
L'operatore economico uscente deve essere invitato? può essere invitato? o non deve essere invitato alla nuova procedura?

La giurisprudenza palesa una certa insofferenza poiché se da un lato il principio di rotazione dovrebbe imporre che alla nuova procedura siano invitati nuovi operatori economici, dall'altra qualche giudice di *prime cure* ha ritenuto colpevole la stazione appaltante di responsabilità precontrattuale per non avere invitato alla procedura l'operatore economico uscente.

Il Consiglio di Stato per altro riconoscere la piena discrezionalità dell'ente circa i soggetti da invitare, sottolineando tuttavia che laddove l'operatore economico si sia distinto per serietà e precisione di esecuzione, possa ragionevolmente vantare una aspettativa giuridicamente rilevante all'invito.

Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4295/2006.

Precisa infatti che "Infatti il cottimo fiduciario, proprio perché basato su un rapporto diretto fiduciario, intercorrente tra il competente funzionario dell'amministrazione e il privato contraente, non esclude affatto, ma anzi comprova, la sussistenza di un interesse legittimo alla partecipazione alla gara del soggetto che ad es., per gli esercizi finanziari precedenti, ha goduto della fiducia dell'amministrazione, essendo stato invitato a presentare un'offerta, risultando più volte aggiudicatario del servizio ed avendolo svolto in modo regolare. Quindi, sebbene nel caso di cottimo fiduciari, da sempre considerato una forma di trattativa privata, non sussista un obbligo in capo all'amministrazione di invitare tutte le imprese che ne facciano richiesta, nè di illustrare diffusamente le ragioni di ogni mancato invito, è però ravvisabile l'obbligo di motivare il mancato invito di una ditta che versa nelle peculiari condizioni sopra rammentate"

Ne consegue che laddove l'operatore economico uscente abbia svolto la sua prestazione in modo apprezzabile, regolare e corretto, la stazione appaltante abbia l'onere di provvedere al suo invito in ossequio all'aspettativa giuridicamente rilevante che questi, in ragione del suo comportamento, ha precedentemente maturato.

**La responsabilità
precontrattuale**

Laddove si contravvenga a quanto indicato nel paragrafo precedente ovvero in ogni altra evenienza di comportamenti non corretti nelle trattative contrattuali, la giurisprudenza amministrativa ritiene pacificamente estensibile anche alla pubblica amministrazione la responsabilità precontrattuale, qualificata come lesione della libertà negoziale e precisamente come quella responsabilità che tutela l'interesse a non essere coinvolti in trattative inutili ovvero in stipulazioni invalide o inefficaci

Rispetto e bilanciamento tra principi di economicità, efficienza, trasparenza, rotazione, proporzionalità e parità di trattamento

In tema di principi che vengono essere seguiti in tema di affidamento in economia è opportuno richiamare testualmente alcune norme del codice dei contratti.

Art. 2

- Comma 1: *L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, 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.*
- Comma 2: *Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile.*
- Comma 3: *Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni.*

Art. 125

Comma 11: Per servizi o forniture di importo pari o superiore a quarantamila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per servizi o forniture inferiori a quarantamila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.

Posto infatti che la stazione appaltante, utilizzando la procedura in economia, sceglie gli operatori da invitare, estromettendo di fatto gli operatori non scelti, è dirimente la legittimità dell'operato, che questa scelta avvenga in ossequio dei principi di libera concorrenza, rotazione, non discriminazione, trasparenza, ed anche "aggiungerei" di proporzionalità quale principio di origine comunitaria che si impone a viva forza anche nel nostro ordinamento costituendo la sua applicazione ormai *ius receptum*.

Principio di proporzionalità: questo principio "impone" e non meramente suggerisce di invitare un numero di operatori economici che sia idoneo al valore della commessa pubblica; ossia, posto che l'azione amministrativa deve essere idonea a raggiungere lo scopo per la quale la legge le ha attribuito il relativo potere, il numero degli operatori economici dovrà necessariamente aumentare in ragione dell'aumento del valore dell'affidamento. Il legislatore ha infatti sottolineato che devono essere invitati "almeno X" operatori, lasciando alla stazione appaltante il compito di aumentare doverosamente il numero degli invitati proporzionalmente all'aumento del valore dell'appalto.

Principio rotazione: questo principio "impone" e non meramente suggerisce, (impregiudicato quanto sottolineato in tema di operatore economico uscente), di invitare gli operatori economici turnandoli in ragione di un criterio che deve averne unicamente il crisma della ragionevolezza posto che va calato nella realtà nella quale deve essere esperita la procedura. Ossia in ragione del numero degli operatori economici che astrattamente si occupano del settore oggetto dell'appalto, della dimensione spaziale entro la quale essi operano ecc...

**L'operatore economico
estromesso dagli inviti può
agire avanti il TAR ed
ottenere l'inclusione nella
procedura di affidamento?**

Occorre premettere, come già ampiamente sottolineato in tema di motivazione della determinazione a contrarre, che scelta di chi invitare a presentare offerta, rappresenta esercizio di un potere discrezionale che la legge attribuisce alla stazione appaltante.

Nel nostro ordinamento giuridico il principio della separazione dei poteri in tema di esercizio di potere discrezionale, attribuisce alla amministrazione una riserva di cura dell'interesse pubblico, di talchè il giudice amministrativo può legittimamente ritenere che il potere sia stato esercitato in modo non conforme alla norma, ma non può sostituirsi alla pubblica amministrazione, se non nei limiti in cui abbia giurisdizione di merito.

Ne consegue che l'operatore economico potrà chiedere al giudice amministrativo di annullare la procedura di affidamento perché illegittima, ma non potrà mai chiedere ed ottenere di essere integrato tra i soggetti invitati, poiché così facendo il giudice si sostituirebbe alla pubblica amministrazione nell'esercizio di una scelta discrezionale che il legislatore ha riservato alla medesima. La pubblica amministrazione invero ha facoltà di scegliere un numero proporzionato di operatori da invitare, per cui il giudice potrà censurare la mancanza di proporzionalità nel numero degli invitati, l'utilizzo improprio della procedura in economia od altri aspetti di legittimità della procedura, ma giammai potrà, a pena di violazione del principio di separazione dei poteri, sostituirsi alla medesima nell'esercizio di questa scelta.

Il giudice amministrativo in attuazione del principio di separazione dei poteri può censurare l'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante, ma non può sostituirsi ad essa nell'esercizio del potere di scelta dei soggetti da invitare

TAR Brescia 1047/2013

VII. Ne risulta la fondatezza delle censure svolte sub 1.1. e 1.2. dalla Società ricorrente: il che è sufficiente a determinare l'annullamento degli atti impugnati, con conseguente obbligo di rinnovazione, da parte del Comune, dell'invito a partecipare rivolto, oltre che alle 5 ditte già invitate, anche alla ricorrente e secondo le precisazioni di cui al successivo capo IX.

Chi invitare alla procedura in economia?

Questa domanda, che ciascun funzionario si pone non può trovare una risposta di tipo matematico, poiché l'intera procedura in economia è dominata dal potere discrezionale, sia nella fase di utilizzo della procedura, sia nella fase relativa alla scelta dei soggetti da invitare.

Ciò che rileva, come in ogni provvedimento amministrativo discrezionale è che l'azione amministrativa sia improntata alle regole ed ai principi di ragionevolezza; non a caso il comma 2 dell'art. 2 del Codice in tema di principi, chiude la norma disponendo che *per quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni.*

Concretamente la stazione appaltante ha due modalità che gli vengono attribuite dal legislatore in quanto, l'art. 125 comma 11 sottolinea che gli operatori da invitare sono *individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante.*

Ne consegue che la scelta avviene alternativamente previa:

- *indagine di mercato*
- *realizzazione di elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante.*

Indagini di mercato

Nell'attuale contesto socio economico gli strumenti sono molteplici in quanto spaziano dal web, alle pagine bianche, al sito della stazione appaltante ove è possibile pubblicare per un certo periodo un avviso della commessa pubblica da affidare affinché si abbia la manifestazione di interesse ad essere inviati alla procedura.

Posso assicurare per esperienza che laddove una pubblica amministrazione pubblica sul sito web un avviso circa l'interesse ad essere invitati ottiene sempre una pluralità di candidature a prescindere dal valore o dall'oggetto della prestazione.

La previa pubblicazione sul sito circa la manifestazione di interesse degli operatori economici si pone, nell'ottica della trasparenza dei processi decisionali, come il metodo più garantista, senza per altro pregiudicare efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa poiché:

- è una procedura veloce giacché presuppone un avviso da pubblicare sul sito web (*pubblicazione gratuita ed istantanea*) per un congruo numero di giorni affinché chiunque possa agevolmente prendere atto del medesimo ed eventualmente fare richiesta d'essere invitato (*in questo modo vengono rispettati non solo i principi di tempestività ed efficienza, ma anche quelli di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento*);
- successivamente la stazione appaltante invia le rispettive lettere di invito ai soggetti che hanno manifestato l'interesse;
- aggiudica, controlla e stipula secondo quanto disciplinato dal D.Lgs 163/2006;

Predisposizione di elenchi di operatori economici

Sempre l'art. 332 del DPR 207/2010 dispone altresì che ciascuna stazione appaltante può predisporre elenchi di operatori economici dotati di determinati requisiti sulla base di avvisi pubblicati sul profilo del committente, all'interno dei quali può individuare gli operatori economici che partecipano alle procedure di acquisto in economia, applicando i principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento.

Analizzando le parole del legislatore si evince che anche in questa ipotesi ci sono degli operatori scelti ed altri esclusi, ma tuttavia ciascuno di essi fa comunque parte di un elenco previamente predisposto di soggetti interessati alla commessa pubblica.

In sostanza si crea un elenco di soggetti interessati che possono fare richiesta previa verifica dei requisiti di iscrizione all'elenco. La norma dispone infatti che sono esclusi dai suddetti elenchi gli operatori economici che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stessa o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale

La norma chiarisce ulteriormente che:

- L'iscrizione a tali elenchi non è, in ogni caso, condizione necessaria per la partecipazione alle procedure di acquisto in economia.
- Gli elenchi sono sempre aperti all'iscrizione degli operatori economici dotati dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante e sono periodicamente aggiornati, con cadenza almeno annuale.
- Le stazioni appaltanti possono procedere, in qualsiasi momento, alla verifica del possesso dei requisiti dichiarati dall'operatore economico affidatario.

La disposizione nulla dice in merito alla fase della scelta degli operatori economici che fanno parte dell'elenco. Nel silenzio della norma non possono che trovare applicazione i criteri appena scrutinati nel paragrafo precedente, in quanto ciascun potere di scelta comporta pur sempre un uso discrezionale del potere ed il conseguente rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa.

La predisposizione di elenchi di operatori economici rispetto la mera indagine di mercato da vita ad una procedura certamente più strutturata e garantista, tuttavia deve essere necessariamente coordinata con l'art. 13 del D.Lgs 163/2006 per evitare di commettere in buona fede il reato previsto proprio dall'art. 13, comma 4 del D.lgs 163/2006.

Questa norma dispone al comma 2, lettera b) che il diritto di accesso in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, è differito fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime.

I commi 3 e 4 dell'art. 13 del codice rispettivamente sottolineano che gli atti in oggetto, fino ai termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti e che l'inosservanza comporta per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi l'applicazione dell'articolo 326 del codice penale.

Ne consegue che se la stazione appaltante decide di utilizzare l'elenco degli operatori economici (*non essendo previsto nell'art. 125 del codice alcuna deroga rispetto quanto indicato nell'art. 13 sempre del codice*) dovrà osservare quanto disposto nel medesimo articolo, ossia dovranno rimanere segregati fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime:

- l'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse
- l'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte.

- Curiosamente se la stazione appaltante decide di estrarre a sorte un numero di operatori economici da invitare tra quelli che sono inseriti nell'elenco, il sorteggio non potrà essere pubblico^[1] poiché se lo fosse, chiunque saprebbe anzi tempo chi sarà invitato (*aspetto che invece deve rimanere segreto fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte*) con violazione evidente dall'art. 13, comma 2, lettera b) e consumazione del reato di cui all'art. 326 c.p.
- ^[1] L'estrazione dovrà quindi essere segreta, potendo caso mai far partecipare dei soggetti terzi come testimoni a garanzia della regolarità della procedura che dovranno a loro volta mantenere il segreto fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte