

Alla Regione Lombardia

**AG 41/2011**

**08/03/2012**

**Oggetto:** richiesta di parere ai sensi del Regolamento interno sulla istruttoria dei quesiti giuridici - Regione Lombardia - Applicabilità delle garanzie agli acquisti in economia, alla luce delle intervenute modifiche del D.P.R. n. 207/2010.

In esito a quanto richiesto con nota acquisita al protocollo dell'Autorità n. 120518, in data 2 dicembre 2011, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 7 e 8 marzo 2012 ha approvato le seguenti considerazioni.

La questione sottoposta all'Autorità, concernente la possibilità di considerare, in linea di continuità interpretativa con la disciplina del precedente Regolamento (D.P.R. n. 384/2001), la richiesta della cauzione definitiva come mera facoltà negli acquisti in economia di servizi e forniture secondo la procedura di cottimo fiduciario, presuppone l'approfondimento della nuova disciplina in materia, di cui al combinato disposto degli artt. 125 del D.Lgs. n. 163/2006 e 334 del D.P.R. n. 207/2010.

In generale, occorre ricordare che il Codice dei contratti pubblici detta una disciplina tendenzialmente unitaria per i lavori, i servizi e le forniture in economia (art. 125 del D.Lgs. n. 163/2006), che si articola nelle distinte procedure dell'amministrazione diretta, del cottimo fiduciario e dell'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento, tutte particolarmente semplificate, rivolte alla conclusione di contratti sotto la soglia di rilevanza comunitaria e, comunque, di valore economico contenuto entro i limiti di importi espressamente previsti dall'art. 125, commi 5, 8, 9 e 11, del D.Lgs. n. 163/2006.

In disparte l'amministrazione diretta, con la quale la stazione appaltante, ed in particolare il responsabile del procedimento, non ricorre ad un operatore economico esterno, ma provvede direttamente ad eseguire i lavori, produrre i beni o gestire i servizi occorrenti, con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio dell'amministrazione, o eventualmente assunto per l'occasione (art. 125, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006), la questione oggetto della richiesta di parere si pone specificamente nell'ipotesi del c.d. cottimo fiduciario, che consiste in una procedura negoziata in cui le acquisizioni avvengono propriamente mediante affidamento a terzi (art. 125, comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006)

In merito, il Codice precisa che per i lavori, i servizi e le forniture di importo pari o superiore a € 40.000, fino alle soglie di € 200.000 per i lavori, nonché di € 137.000 o 211.000 per i servizi e le forniture, 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 (art. 125, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006 per i lavori e art. 125, comma 11, del D.Lgs. n. 163/2006 per servizi e forniture). *A latere*, il Codice precisa, altresì, che al di sotto della suddetta soglia minima di € 40.000 è consentito, sia per i lavori che per i servizi e le forniture, l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.

In relazione ai suddetti procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia, il Codice rinvia al Regolamento per la disciplina di dettaglio e detta una disciplina quadro, premurandosi di precisare che tale disciplina normativa primaria deve essere osservata insieme ai "principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto" desumibili dal Codice (art. 125, comma 14 del D.Lgs. n. 163/2006), con ciò operando un rinvio espresso e diretto alle disposizioni del Codice, applicabili al cottimo fiduciario in quanto compatibili con la procedura semplificata.

Da parte sua, per quanto di interesse specifico in relazione al quesito posto, l'art. 334 del Regolamento, adottato con D.P.R. n. 207/2010, nel disciplinare in dettaglio lo svolgimento della procedura di cottimo fiduciario per servizi e forniture dispone che la lettera di invito contenga - tra gli elementi essenziali - "le garanzie richieste all'affidatario del contratto" (art. 334, comma 1, lett. b) del D.P.R. n. 207/2010), in tal modo novando la formulazione del previgente Regolamento che prevedeva la prestazione meramente eventuale delle medesime garanzie.

A tal riguardo, il richiedente - in considerazione di valutazioni di opportunità, espressamente e puntualmente motivate - domanda se la consolidata prassi, affermatasi nella vigenza del precedente Regolamento, di cui al D.P.R. n. 384/2001, di ritenere la richiesta della cauzione definitiva come mera facoltà, possa ancora ritenersi valida - in via interpretativa - nonostante il citato mutamento lessicale intervenuto nel nuovo Regolamento, di cui al D.P.R. n. 207/2010, quale misura pro-concorrenziale in virtù dei principi di celerità e semplificazione, corollari del principio di economicità cui il Codice dei contratti pubblici si ispira.

In merito si ritiene che la modifica della norma regolamentare in questione risponda, in realtà, ad

una mutata concezione in termini sostanziali della procedura di cottimo fiduciario.

Mentre in passato - conformemente ad una risalente, ancorché non pacifica, interpretazione giurisprudenziale - il cottimo fiduciario era stato inteso come una forma privatistica di retribuzione della prestazione da parte del responsabile del procedimento e non come una procedura ad evidenza pubblica semplificata (T.A.R. Lombardia, Brescia, 23 marzo 2004, n. 243), siffatta interpretazione della procedura in questione è nel tempo divenuta ampiamente recessiva ed è prevalso l'opposto orientamento, secondo cui non può in alcun modo affermarsi che questo procedimento possa ricondursi ad una attività negoziale di diritto privato, priva di rilevanza pubblicistica (Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4295).

Nel senso dell'intervenuto mutamento di orientamento in materia depone, peraltro, in modo non equivoco la stessa formulazione letterale delle norme primarie contenute nel Codice dei contratti pubblici, che riconducono espressamente il cottimo fiduciario nel novero delle procedure negoziate (art. 3, comma 40, e art. 125, comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006). E' indubbio che tale apporto chiarificatore è nel senso dell'estensione delle garanzie fondamentali previste per le procedure negoziate, per così dire, "ordinarie", anche al cottimo fiduciario, compatibilmente con la natura semplificata di detta procedura.

Al riguardo, si ritiene opportuno osservare - per ribadire l'esigenza di un'interpretazione evolutiva della disposizione regolamentare di cui all'art. 334, comma 1, lett. b) del D.P.R. n. 207/2010 - che non appare sostenibile che il legislatore, nell'introdurre la nuova disciplina abbia obliterato di considerare i principi di semplificazione e celerità, tipici delle acquisizioni in economia. In tal senso, la disposizione dell'art. 334 del D.P.R. n. 207/2010, nel momento in cui contempla soltanto "le garanzie richieste all'affidatario del contratto" (ex art. 113, del D.Lgs. n. 163/2006), implicitamente esclude la richiesta di garanzie a corredo dell'offerta, a motivo di ragionevoli considerazioni di snellezza, celerità e concorrenzialità. A tale stregua, sarebbe di contro, irragionevole, ritenere che anche l'unica garanzia espressamente prevista dal legislatore possa essere superata in via interpretativa.

Una soluzione diversa e alternativa, infatti, avrebbe come conseguenza quella di pregiudicare o indebolire la tutela della pubblica amministrazione con riguardo all'esecuzione di contratti, che - per quanto siano contenuti sotto la soglia di rilevanza comunitaria - assumono, talvolta, un riguardo economico anche considerevole per le amministrazioni, e in particolare per le amministrazioni locali.

La richiesta delle garanzie all'affidatario del contratto mediante procedura di cottimo fiduciario, dunque, lungi dal risolversi in un sovraccarico amministrativo in capo agli operatori economici, si rivela essenziale per garantire la stazione appaltante dal mancato od inesatto adempimento della prestazione e, in quanto richiesta in condizioni di parità a tutti i destinatari della lettera di invito, non risulta idonea a pregiudicare o alterare le condizioni di concorrenza del mercato.

Sulla scorta di queste considerazioni, la nuova disciplina regolamentare in materia di cottimo fiduciario per l'acquisizione di servizi e forniture, su cui verte la richiesta di parere, non lascia dubbi interpretativi circa l'obbligatorietà delle garanzie richieste all'affidatario, risultando evidente che l'argomento letterale sia insuperabile alla luce della *ratio legis* e che il nuovo Regolamento intervenga nel senso dell'estensione a detta procedura dell'obbligatorietà delle garanzie fondamentali previste per le procedure negoziate ordinarie.

Avv. Giuseppe Busia