

Ufficio Territoriale del Governo di Trapani

AG 25/10

23 settembre 2010

Oggetto : richiesta di parere in merito alla legittimità del Regolamento del Comune di Alcamo contenente criteri di priorità per le gare informali e le procedure urgenti indette dall'Ente locale medesimo

In esito a quanto rappresentato con nota n. 6176/501/2010 del 27 luglio u.s. si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 23 settembre 2010 ha approvato le seguenti considerazioni. La fattispecie sottoposta a questo esame richiede alcune considerazioni in merito al procedimento della gara informale, prima di accedere alla valutazione della discrezionalità della stazione appaltante in merito ai criteri per la scelta del contraente.

La gara informale è un modulo procedimentale previsto nelle ipotesi in cui - nella legge siciliana - è consentita la trattativa privata (procedura negoziata, secondo la diversa terminologia del Codice) e, più in generale, nei casi dei lavori in economia. In tali ipotesi, la stazione appaltante è tenuta a sviluppare un confronto concorrenziale con strutturazione minima, che, seppur semplificato, deve essere riportato ad una gara informale o "ufficiosa", da intendersi come procedura che si realizza seguendo le regole per essa definite nell'avviso con cui è stata indetta o nella lettera di invito (cfr. Tar Puglia - Lecce, sez. II, sent. 11 febbraio 2008, n. 404). In altri termini, la gara informale consiste in un procedimento caratterizzato da maggiore discrezionalità nella fissazione delle regole selettive rispetto alle procedure ordinarie, con conseguente non soggezione alle regole interne e comunitarie dell'evidenza pubblica, ferma restando la sola necessità del rispetto dei principi di ragionevolezza e parità di trattamento tra i concorrenti. Le ipotesi di gara informale sono strutturate intorno al modello generale, a tenore del quale il procedimento - dopo la individuazione, mediante indagini di mercato, di un numero sufficiente di operatori economici da invitare, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione - si svolge mediante il confronto tra le condizioni economiche più vantaggiose, secondo i criteri del prezzo più basso o dell'offerta economica più vantaggiosa, previa verifica dei requisiti di qualificazione (cfr. art. 57, co. 6, Codice). L'Autorità - estendendo l'ambito di applicazione dei principi indicati - ha affermato che "nel caso di "gara informale" o "ufficiosa", oltre all'osservanza delle prescrizioni dettate in ordine alla partecipazione alla procedura, che rappresentano un'ipotesi in cui l'Amministrazione disciplina in via preventiva l'esercizio delle proprie potestà discrezionali, l'Amministrazione è tenuta all'osservanza dei principi generali in materia di procedimenti ad evidenza pubblica, ovvero dei principi di par condicio, di pubblicità, di trasparenza, di logicità e di imparzialità" (Deliberazione 309/2007).

Con particolare riferimento al grado di discrezionalità riconosciuto nei criteri di scelta del contraente, il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa afferma che l'informalità della gara non può dar luogo a scelte arbitrarie, poiché la scelta del contraente deve comunque rispondere a criteri di logicità ed attenersi a principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento (Cons. St., V, decisione 17 ottobre 2008 n. 5095 che riprende: Cons. St., IV, 5 aprile 2006 n. 1789; V, 26 aprile 2005 n. 1873; 10 febbraio 2004 n. 500; 1 ottobre 2003 n. 5710; 30 giugno 2003 n. 3856; VI, 29 marzo 2001 n. 2981).

Alla luce di tali premesse, i due criteri individuati nel Regolamento de quo (invito alla gara con priorità dei soggetti che abbiano denunciato di essere vittime dei reati di concussione ed estorsione e preferenza nella scelta dei soggetti medesimi) appaiono contrari ai principi sopra esposti e, in particolare, inammissibili con riguardo ai criteri di imparzialità, buon andamento e par condicio dei concorrenti.

Invero, si deve osservare che i criteri individuati dal Regolamento privilegiano elementi del tutto esogeni rispetto al procedimento di selezione dei concorrenti. Da un primo punto di vista, si rileva che la qualità di soggetto denunciante pare largamente estranea ad una valutazione che - se riferita alle qualità del soggetto offerente - deve essere almeno prossima alle qualità o capacità tecniche, organizzative o economico finanziarie dell'operatore economico interessato. Al contrario, posto il dovere (meramente) civico della denuncia dei reati, il requisito richiesto si configura quale misura premiale per comportamenti dovuti. Peraltro, in questo senso, il requisito richiesto si presta ad altre fondate obiezioni: da un lato, quella del non comprensibile restringimento ai soli reati di concussione ed estorsione, a dispetto di altri reati di pari o maggiore allarme sociale, talvolta più attinenti alla materia dei lavori pubblici, con conseguente, eventuale, incidenza sul principio della par condicio; da un altro, quella secondo cui la mera denuncia del reato non offre le serie garanzie offerte da una situazione definitivamente o provvisoriamente accertata, ma si offre a speculazioni non verificate, né verificabili (si pensi alle possibili ipotesi di strumentali denunce contro ignoti).

Anche a voler considerare la legittima esigenza di valorizzare interessi di ordine pubblico, propria dell'ente locale, il perseguimento di tale scopo attribuisce un peso inadeguato ad una sfera estranea e diversa rispetto alla imprescindibile funzionalizzazione dell'evidenza pubblica al perseguimento della migliore esecuzione dei lavori pubblici: e comporta, a tale stregua, una distrazione non già di fondi, ma della stessa funzione amministrativa. Siffatta divergenza appare d'altra parte confermata dalla intestazione del Regolamento de quo, relativa al riconoscimento di contributi economici in favore delle vittime della criminalità, laddove - nel rapporto che lega la pubblica amministrazione ai

suoi contraenti - non già di contributi, ma di corrispettivi può trattarsi.

Paiono dunque giustificate le perplessità avanzate dalla S.V. circa il superamento del limite della logicità e della ragionevolezza dei criteri esposti, in relazione alla proporzionalità ed adeguatezza della misura adottata rispetto allo scopo perseguito.

Avv. Giuseppe Busia