

Questa stazione appaltante, trovandosi nell'esigenza di dover pubblicare e produrre apposito bando relativo a lavori e forniture d'importo inferiore a € 50.000,00 e, dovendosi attenere alle nuove regole in materia di "Contratti pubblici" previste dal D. Lgs. 163/2006, richiede con la presente Vs. parere in merito alle modalità di pubblicazione e alle modificazioni che dovranno necessariamente essere introdotte nella redazione di bandi d'appalto e relativi capitolati.

Occorre analizzare le novità rilevanti introdotte dal d. lgs. n. 163 del 2006.

Con riferimento alla distinzione tra appalti di rilievo comunitario e appalti sotto soglia appare opportuno in primo luogo identificare le diverse soglie che vengono in rilievo in ragione che si tratti di forniture ordinarie o forniture speciali, rispettivamente pari a 137.000 euro (art. 28 del Codice) e 422.000 (art. 215 del Codice), fatti salvi i soggetti indicati nell'all. IV dello schema di articolato (c.d. autorità governative centrali).

Ciò premesso, ed in riferimento alla specifica disciplina del c.d. sotto soglia, è ormai principio noto che entrambe le direttive codificano il principio per cui le stazioni appaltanti debbono obbligatoriamente applicare i principi del Trattato relativi alla *par condicio* dei concorrenti (divieto di non discriminazione e parità di trattamento, alla trasparenza, proporzionalità e alle principali libertà di circolazione dei beni nel mercato unico).

In questa sede vale solo evidenziare che, del tutto correttamente, l'art. 2 dell'articolato ha introdotto ulteriori principi espressione del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 della Cost. e L. n. 241 del 1990) vale a dire economicità, efficacia, tempestività e correttezza, e che riguardano tutte le tipologie di forniture, sopra e sotto soglia, ordinarie e speciali ed anche escluse (secondo l'art. 27).

Con riferimento alle forniture ordinarie si evince che il legislatore delegato, prendendo atto che la soglia comunitaria è piuttosto bassa e che gli enti aggiudicatori, soprattutto nel campo degli acquisti di prodotti finiti, si avvalgono della centrale di committenza Consip, ha ritenuto di: a) fissare un regime di pubblicità semplificato e adeguato al principio di proporzionalità (idoneità a raggiungere i potenziali concorrenti), b) fissare termini ridotti rispetto alle procedure sopra soglia, c) consentire comunque l'acquisto di beni in economia fino alla soglia comunitaria e, da ultimo, d) prevedere un sistema semplificato di qualificazione.

In riferimento alle c.d. forniture speciali sotto soglia va invece osservato che si è ritenuto di imporre ai soggetti pubblici l'applicazione delle norme sopra soglia e ai soggetti privati il rispetto delle norme sul Trattato comunitario oltre i consueti parametri civilistici. La relazione introduttiva motiva tale scelta sul presupposto che non avrebbe senso introdurre una disciplina più rigida nel sotto soglia (ad esempio imponendo il rispetto del d.P.R. n. 573 del 1994 sulle forniture) per i soggetti pubblici e richiamare solamente le previsioni del codice civile per i soggetti privati.

Per quanto attiene i requisiti di qualificazione l'articolato del codice, conformemente alle direttive, recepisce il principio secondo cui un raggruppamento di operatori economici può fare assegnamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento medesimo o di altri soggetti; in quest'ultimo caso (c.d. avvalimento) sarà però necessario provare alla stazione appaltante che, per l'esecuzione dell'appalto, il raggruppamento disporrà delle risorse necessarie, ossia l'effettiva disponibilità delle forniture di cui si avvale. Rispetto alle scarse previsioni comunitarie il legislatore nazionale ha correttamente ritenuto di introdurre all'art. 49 alcune puntuali previsioni riguardanti la dimostrazione dei requisiti per evitare fenomeni di turbativa delle gare d'appalto.

In tale ottica una precisazione attiene il riferimento alle forniture proprie dei settori speciali per i quali il legislatore, tenendo conto della complessità relativa a talune prestazioni (si pensi alla posa in opera di impiantistica ferroviaria), ha ritenuto di prevedere la possibilità di introdurre requisiti ulteriori, a richiesta delle stazioni appaltanti, rispetto a quelli ordinari contemplati dal codice (cfr. art. 214 comma 3 e relativa relazione illustrativa).

Altra novità interessante del codice è la norma dell'art. 94 che prevede espressamente l'estensione dei livelli di progettazione individuati per i lavori pubblici anche alle forniture, demandando al regolamento previsto dall'art. 3 l'attuazione di tale previsione.

È opportuno un breve cenno alle c.d. esclusioni previste dall'articolato normativo del Codice operanti nell'ambito delle forniture. Gli articoli 22, 23, 24 e 25 prendono atto della liberalizzazione avvenuta in particolari contesti prevedendo l'esclusione dall'applicazione del Codice dei settori interessati (telecomunicazioni, autotrasporto, rivendita o locazione a

terzi e acquisto di acqua, fornitura di energia e combustibili destinati alla produzione di energia) e, quindi, per quanto specificamente interessa, delle relative forniture.

Sono poi previsti affidamenti senza pubblicazione del bando, laddove il Codice riproduce le medesime previsioni che consentono affidamenti diretti, senza pubblicazione del bando di gara, e che riguardavano sia le forniture speciali che ordinarie: si tratta, con le dovute distinzioni delle regole relative alle c.d. forniture complementari ovvero alle particolarità tecniche e artistiche che rendono superfluo, previa adeguata motivazione, il confronto concorrenziale (cfr. art. 57).

In riferimento alle tipologie di fornitura alternative all'acquisto individuate dal legislatore comunitario, e rispetto alla precedente forma di recepimento ad opera del legislatore nazionale (D.lgs. n. 358 del 1992 per i settori ordinari e del D.lgs. n. 158 del 1995 per i settori speciali) si nota una significativa novità: mentre in sede di recepimento italiano delle abrogate direttive era stato contestualizzato il leasing (senza specificare se finanziario o operativo), il Codice dei Contratti Pubblici risulta oggi perfettamente aderente alla versione italiana delle direttive di coordinamento che correttamente indicano sia la "locazione finanziaria" che la locazione a riscatto come modalità di espletamento della fornitura.

La novità non è certamente secondaria, anche in riferimento al complesso tema dell'avvalimento dei requisiti finanziari ad opera del fornitore ovvero alle ipotesi di contratti esclusi dalla disciplina delle procedure di evidenza pubblica, e meriterebbe una separata trattazione.

Altra precisazione riguarda l'applicabilità della corretta disciplina in caso di appalti misti. Il Codice precisa che "un appalto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un appalto pubblico di forniture".

Questa precisazione potrebbe apparire vuota di significato se non si avesse contezza del dibattito interpretativo, con ampi echi giurisprudenziali, che ha contribuito alla creazione della categoria dell'appalto misto. Si tratta, nel primo caso di lavori (lavorazioni) o, nel secondo caso, di servizi di modesta entità (rispetto al valore della fornitura) che consentono all'operatore economico una piena fruibilità del bene ed una sua introduzione nel contesto

dove è destinato ad essere utilizzato: si pensi, per fare qualche esempio pratico, alla posa in opera di un deviatore lungo la rete ferroviaria ovvero all'attrezzaggio di un automezzo adibito a particolari utilizzi civili, alla messa in servizio di mezzi militari, fino alla interazione di un prodotto informatico con altri componenti.

Il primo effetto il Codice degli appalti – che entra in vigore il 1 luglio 2006, salvo le eccezioni di cui si dirà – lo avrà sui bandi. L'articolo 253, comma 1, che regola il periodo transitorio dispone che il Codice si applichi solo ai bandi pubblicati dopo la sua entrata in vigore. In assenza di bandi pubblici, la data spartiacque è quella degli inviti a presentare le offerte.

Tutte le procedure iniziate prima del primo luglio continueranno quindi con il quadro di regole precedenti (in ossequio al principio secondo cui il bando è la «legge speciale» della gara).

Dunque le prime ripercussioni della nuova normativa si avranno sulla preparazione dei bandi. E in questo senso la novità maggiore che le amministrazioni dovranno inserire negli avvisi è l'avvalimento. Dovranno quindi consentire in modo esplicito a un'impresa priva dei requisiti di qualificazione di partecipare a una gara (di lavori, servizi o forniture) utilizzando i requisiti di fatturato, organico o attrezzatura prestati da un'altra impresa. In realtà questa possibilità è riconosciuta già dalle direttive europee, che anche in questo campo sono già operative dal primo febbraio scorso. Ciò che cambia è la possibilità di inserire nel bando tutte le limitazioni all'avvalimento previste dal Codice. Ad esempio, scatterà la responsabilità in solido tra il concorrente e l'impresa ausiliaria nell'esecuzione del contratto. L'avvalimento sarà limitato a una sola impresa per ogni requisito e per ogni categoria di lavorazioni prestate. Questo per evitare che si riesca a raggiungere il totale richiesto attraverso il prestito da parte di una miriade di piccole imprese. L'unica cosa che invece non è ammessa è di inserire nel bando il divieto per l'impresa che presta i requisiti di partecipare alla gara, sia come appaltatore che come subappaltatore (la disposizione è comunque stata sospesa fino a febbraio 2007, come si vedrà tra breve).

Sempre nella fase di preparazione dei bandi l'amministrazione deve ora decidere se prevedere o no l'esclusione automatica delle offerte anomale nelle gare sotto la soglia europea. Il Codice rende facoltativo questo meccanismo che dunque va indicato fin dalla

preparazione del bando. Allo stesso modo l'amministrazione dovrà pubblicare i bandi sul proprio «profilo di committente», ovvero il sito internet della stazione appaltante stessa.

Procedendo poi nelle varie fasi di gestione delle gare, altre significative novità riguardano la formazione della commissione giudicatrice nel caso di offerta economicamente più vantaggiosa. La scelta dei membri non va più fatta per sorteggio ma in via diretta, seguendo però criteri di rotazione tra professori e professionisti esperti della materia.

Molto delicata è poi la fase delle verifiche sulle offerte risultate anomale. Scatta infatti un contraddittorio con l'operatore che si svolge entro termini predefiniti e per lo più solo attraverso osservazioni scritte. La conclusione può comunque essere un ultimo momento di confronto diretto prima di procedere all'esclusione.

La progettazione. Dal primo luglio per affidare incarichi sotto i 100mila euro sarà obbligatorio fare una gara informale chiamando almeno cinque concorrenti. Oggi le indicazioni sono più vaghe: si ammette l'assegnazione semplicemente garantendo il rispetto dei principi comunitari di trasparenza, proporzionalità e non discriminazione. Più incerte le procedure per gli incarichi che si collocano tra la soglia dei 100mila e quella dei 211mila euro. Da un lato c'è chi ritiene applicabile la vecchia procedura della gara dettata dal Regolamento appalti (d.P.R. 554/1999), sfruttando la norma del Codice che salva le parti del Regolamento ritenute compatibili con il Codice stesso. Dall'altro c'è già chi suggerisce di utilizzare la norma che consente affidamenti in economia fino ai 211mila euro previa preparazione di un regolamento interno all'ente, diminuendo così le garanzie di trasparenza anche rispetto alla fascia di incarichi più bassi. Il punto è che su questo nodo, così come su tutte la valutazione della compatibilità del vecchio Regolamento appalti la responsabilità delle scelte ricade sulle singole stazioni appaltanti.

Ciò premesso, occorre ricordare che la legge 12 luglio 2006, n. 228, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 12 maggio 2006, n. 173, recante “*Proroga di termini per l'emanazione di atti di natura regolamentare. Ulteriori proroghe per l'esercizio di deleghe legislative e in materia di istruzione*”, ha rinviato l'entrata in vigore di alcuni istituti, inserendo all'articolo 253 del codice, dopo il comma 1, i seguenti:

"1-bis. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, nei settori ordinari e speciali, le seguenti disposizioni si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente al 1° febbraio 2007:

- a) articolo 33, commi 1 e 2, nonché comma 3, secondo periodo, limitatamente alle sole centrali di committenza;
- b) articolo 49, comma 10 (secondo il quale il contratto, in caso di avvilitamento, è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione e l'impresa ausiliaria non può assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore o di subappaltatore);
- c) articolo 58 (dialogo competitivo);
- d) articolo 59, limitatamente ai settori ordinari (accordo quadro).

omissis

Le procedure i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati tra il 1° luglio 2006 e la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, quelle i cui inviti a presentare le offerte siano stati inviati nello stesso termine, restano disciplinate dalle disposizioni alle stesse applicabili alla data di pubblicazione dei relativi bandi o avvisi ovvero a quella di invio degli inviti. A tal fine, le disposizioni di cui all'articolo 256, comma 1, del citato codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, riferite alle fattispecie di cui al comma 1, lettera c), del presente articolo, continuano ad applicarsi per il periodo transitorio compreso tra la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e il 31 gennaio 2007».

Differita l'entrata in vigore delle disposizioni sopra richiamate, gli adempimenti oggi imposti alle stazioni appaltanti sono enumerati dall'art. 124 del Codice, che si riporta per comodità di lettura :

Art. 124

(Appalti di servizi e forniture sotto soglia)

(D.P.R. n. 573/1994)

1. Ai contratti di servizi e forniture sotto soglia non si applicano le norme del presente codice che prevedono obblighi di pubblicità e di comunicazione in ambito sovranazionale.
2. L'avviso di preinformazione di cui all'articolo 63 è facoltativo ed è pubblicato sul profilo di committente, ove istituito, e sui siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7, con le modalità ivi previste.
3. Le stazioni appaltanti non sono tenute a pubblicare l'avviso sui risultati della procedura di affidamento, di cui all'articolo 65.
4. I bandi e gli inviti non contengono le indicazioni che attengono ad obblighi di pubblicità e di comunicazione in ambito sopranazionale.
5. I bandi sono pubblicati sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana – serie speciale contratti pubblici, sui siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7, con le modalità ivi previste, e nell'albo della stazione appaltante. Gli effetti giuridici connessi alla pubblicità decorrono dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Si applica, comunque, quanto previsto dall'articolo 66, comma 15.
6. Ai termini di ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, e di comunicazione dei capitolati e documenti complementari, si applicano gli articoli 70, comma 1 e comma 10, in tema di regole generali sulla fissazione dei termini e sul prolungamento dei termini, nonché gli articoli 71 e 72, e inoltre le seguenti regole:
 - a) nelle procedure aperte, il termine per la ricezione delle offerte, decorrente dalla pubblicazione del bando sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana non può essere inferiore a quindici giorni;
 - b) nelle procedure ristrette, nelle procedure negoziate previa pubblicazione di un bando di gara, e nel dialogo competitivo, il termine per la ricezione delle domande di partecipazione, avente la decorrenza di cui alla lettera a), non può essere inferiore a sette giorni;
 - c) nelle procedure ristrette, il termine per la ricezione delle offerte, decorrente dalla data di invio dell'invito, non può essere inferiore a dieci giorni;
 - d) nelle procedure negoziate, con o senza bando, e nel dialogo competitivo, il termine per la ricezione delle offerte viene stabilito dalle stazioni appaltanti nel rispetto del comma 1 dell'articolo 70 e, ove non vi siano specifiche ragioni di urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni dalla data di invio dell'invito;
 - e) nelle procedure aperte, nelle procedure negoziate previo bando e nel dialogo competitivo, quando del contratto è stata data notizia con l'avviso di preinformazione, il termine di ricezione delle offerte può essere ridotto a dieci giorni e comunque mai a meno di sette giorni, decorrenti, nelle procedure aperte, dalla pubblicazione del bando, e per le altre procedure, dalla spedizione della lettera invito;
 - f) nelle procedure ristrette e nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, quando l'urgenza rende impossibile rispettare i termini minimi previsti dal presente articolo, le stazioni appaltanti, purché indichino nel bando di gara le ragioni dell'urgenza, possono stabilire un termine per la ricezione delle domande di partecipazione, non inferiore a dieci giorni dalla data di pubblicazione del bando di gara sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana; e, nelle procedure ristrette, un termine per la ricezione delle offerte non inferiore a cinque giorni.

7. Il regolamento disciplina, secondo criteri di semplificazione rispetto alle norme dettate dal presente codice, i requisiti di idoneità morale, capacità tecnico – professionale ed economico - finanziaria che devono essere posseduti dagli operatori economici.

8. Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86; in tal caso non si applica l'articolo 86, comma 5. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a cinque; in tal caso si applica l'articolo 86, comma 3.

Il richiamo al d.P.R. 18 aprile 1994, n. 573 (Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di aggiudicazione di pubbliche forniture di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario) non deve far dimenticare che lo stesso regolamento è stato abrogato dall'articolo 256 del decreto legislativo n. 163 del 2006. Sono dunque abrogati anche gli artt. 5 e 6 di tale regolamento, dedicati ai bandi di gara¹, che debbono ritenersi sostituiti dal citato art. 214 del Codice e dalle altre disposizioni dello stesso testo normativo richiamate (artt. 63, 66, 70, 71, 72 e 86).

¹ **Art. 5. Bandi di gara** 1. Le amministrazioni aggiudicatrici predispongono modelli standard di bandi di gara, in conformità con i criteri stabiliti nella raccomandazione della Commissione della Comunità europea 24 ottobre 1991, n. 91/561 e tenendo conto degli istituti che regolano le stesse materie nei Paesi della Comunità europea e negli altri Paesi maggiormente industrializzati, nonché, in quanto applicabili, delle norme di cui agli articoli 5, comma 6, e 11, 12, 13 e 14 del decreto legislativo 24 luglio 1992, n. 358, e del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 gennaio 1991, n. 55. 2. Per assicurare la pubblicità dei bandi di gara e dei termini per la presentazione delle domande e delle offerte, le amministrazioni aggiudicatrici, oltre alle modalità già previste da altre disposizioni di legge, pubblicano periodicamente, con congruo anticipo rispetto al termine di presentazione, specifici bollettini o, se già dispongono di bollettini ufficiali, in apposite sezioni di questi ultimi.

Art. 6. Bando di gara indicativo e avviso di aggiudicazione 1. L'avviso delle gare che un'amministrazione aggiudicatrice intende indire viene pubblicato secondo le modalità stabilite nel presente articolo. 2. Le amministrazioni che intendono aggiudicare forniture pubbliche comunicano, entro quarantacinque giorni dall'inizio dell'esercizio finanziario, con un bando di gara indicativo, il totale delle forniture, per settore di prodotti, che esse intendono aggiudicare nel corso dei dodici mesi successivi. Inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici che hanno aggiudicato una fornitura ne comunicano il risultato con apposito avviso. 3. Le informazioni possono non essere divulgate allorché siano di ostacolo all'applicazione della legge o siano contrarie al pubblico interesse oppure siano lesive degli interessi commerciali legittimi delle imprese ovvero possano pregiudicare la concorrenza tra fornitori. 4. Le amministrazioni aggiudicatrici danno notizia dei bandi e degli avvisi di cui al comma 2 o, almeno, della notizia della pubblicazione dei bandi di gara sui bollettini da esse utilizzati, tramite pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e, per estratto, su due quotidiani a diffusione nazionale.

Con riferimento infine alla indicazione delle specifiche tecniche degli appalti pubblici di forniture sotto soglia comunitaria, si riportano le indicazioni espresse dal Ministero delle Politiche Comunitarie con circolare n. 685 del 29 aprile 2004 (G.U. del 12 luglio 2004 n. 161). Preso atto delle argomentazioni giuridiche poste a fondamento dei rilievi avanzati dalla Commissione europea ed allo scopo di prevenire controversie giudiziarie davanti alla Corte di giustizia delle Comunità europee, si indicano qui di seguito le regole comportamentali alle quali dovranno attenersi le stazioni appaltanti nell'indicazione delle specifiche tecniche degli appalti pubblici di forniture sotto soglia comunitaria, alla luce delle norme di diritto comunitario contenute nel trattato CE, che, in quanto tali, trovano applicazione in tutto il territorio dell'Unione europea prevalendo sul diritto nazionale e, pertanto, vanno rispettate anche con riferimento a tutti gli appalti pubblici, compresi quelli non disciplinati da specifiche direttive o regolamenti comunitari.

Per quanto concerne la disciplina nazionale, si ricorda che l'art. 15 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, legge 24 novembre 2003, n. 326 (pubblicata nella G.U. 25 novembre 2003, n. 274, S.O.) ha abrogato l'art. 24, commi 1 e 2, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 («Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato» - legge finanziaria 2003).

Le disposizioni abrogate estendevano, tra l'altro, l'applicazione delle modalità previste dal decreto legislativo 24 luglio 1992, n. 358, recante il «Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE» (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana 11 agosto 1992, n. 188, supplemento ordinario), come modificato dall'art. 7 del decreto legislativo 20 ottobre 1998, n. 402 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana 24 novembre 1998, n. 275), anche alle procedure aperte o ristrette relative a contratti di appalto di valore superiore a 50 mila euro.

Ne consegue che la disciplina di cui al richiamato decreto legislativo n. 358 del 1992 è oggi nuovamente applicabile, in via diretta, ai soli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria (così come determinata con comunicato del Ministero dell'economia e finanze del 29 dicembre 2003, pubblicato in G.U. 29 dicembre 2003, n. 300 ed oggi dal Codice degli appalti), mentre per l'aggiudicazione di appalti di importo inferiore alla soglia di

rilievo comunitario resta applicabile il solo regolamento di cui al d.P.R. 18 aprile 1994, n. 573. Oggi (nostra aggiunta) sostituito dall'art. 214 d.P.R. n. 163 del 2006.

Il d.P.R. n. 573 del 1994 (oggi l'art. 214 d.P.R. n. 163 del 2006) non contiene, però, quanto alle c.d. «specifiche tecniche» una prescrizione analoga a quella contenuta nell'art. 8, comma 6, del decreto legislativo n. 358 del 1992 (si veda in particolare l'art. 5 del menzionato decreto, relativo alla disciplina dei bandi di gara).

In particolare, l'art. 8, comma 6, del decreto legislativo n. 358 del 1992 dispone, in ordine alle specifiche tecniche, che «salvo che non sia giustificata dall'oggetto dell'appalto, è vietata l'introduzione nelle clausole contrattuali di specifiche tecniche che menzionano prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza o ottenuti con un particolare procedimento e che hanno l'effetto di favorire o escludere determinati fornitori o prodotti. E' vietata, in particolare, l'indicazione di marchi, brevetti o tipi o l'indicazione di un'origine o di una produzione determinata; tale indicazione, purché accompagnata dalla menzione "o equivalente", è, tuttavia ammessa se le amministrazioni aggiudicatrici non possano fornire una descrizione dell'oggetto del contratto mediante specifiche sufficientemente precise e comprensibili da parte di tutti gli interessati.».

Tale disposizione è stata introdotta nell'ordinamento italiano proprio per garantirne la piena coerenza ed il rispetto di quanto sancito dal trattato CE all'art. 28 (ex art. 30), in base al quale «Sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente», nonché all'art. 30 (ex art. 36), in base al quale «Le disposizioni degli articoli 28 e 29 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri».

La libera circolazione delle merci all'interno del Mercato unico europeo, con divieto di qualsiasi restrizione quantitativa all'importazione o misura di effetto equivalente nel commercio tra Stati membri, sancita dal trattato CE, rappresenta un principio di carattere

generale che, per sua natura, trova indistinta applicazione in materia di appalti pubblici di fornitura sia di importo superiore alla soglia comunitaria, come regolamentati dal sopra citato decreto legislativo, sia di importo inferiore alla soglia comunitaria medesima.

Infatti, sebbene il procedimento di aggiudicazione dei contratti di appalto di importo inferiore alla soglia comunitaria non rientri nell'ambito di applicazione delle sopra menzionate direttive in materia di appalti pubblici di fornitura, «gli enti aggiudicatori che li stipulano sono comunque tenuti a rispettare i principi fondamentali del trattato, in generale» (in tal senso, Corte di giustizia, sezione sesta, sentenza del 7 dicembre 2000 in Causa C-324/98, c.d. Telaustria) in ragione della prevalenza, anche ai sensi dell'art. 117, comma 1, della Costituzione, del diritto comunitario sul diritto nazionale.

Non può, infatti, non condividersi che la mancata menzione della dizione «o equivalente» dopo l'indicazione, nel capitolato d'onori, di un prodotto di una determinata fabbricazione o provenienza o ottenuto con un particolare procedimento «non solo può dissuadere gli operatori economici che usano sistemi analoghi a tale prodotto dal partecipare alla gara d'appalto, ma può altresì ostacolare le correnti d'importazione nel commercio intracomunitario, in contrasto con l'art. 30 del trattato, riservando il mercato ai soli fornitori che si propongono di usare il prodotto specificamente indicato (v., in tal senso, sentenza Commissione/Paesi Bassi, citata, punto 27)» (cfr. Corte di giustizia, seconda sezione, ordinanza del 3 dicembre 2001, punto 22, in causa C-59/00, c.d. Bent Moustén).

La mancata menzione, da parte dell'art. 5 del d.P.R. n. 573, cit., di una prescrizione analoga a quella contenuta nell'art. 8, comma 6, del decreto legislativo n. 358, cit., risulta, pertanto, del tutto irrilevante: «tenuta in considerazione anche la ratio, che vi è evidentemente sottesa, di tutela dei principi della libera concorrenza e di non discriminazione, è particolarmente problematico non considerare il sopra espresso dettato normativo come l'esplicazione di un principio di generale applicazione e di diretta derivazione comunitaria, non limitabile in quanto tale agli appalti direttamente presi in considerazione dalla normativa di matrice comunitaria» (cfr. in tal senso, Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 10 aprile 2002, n. 1945).

A maggior conferma di quanto appena asserito basta considerare che ove vi fosse nell'ordinamento italiano una specifica norma che escludesse l'obbligo di una tale prescrizione per gli appalti sotto soglia comunitaria, sussisterebbe l'obbligo per le singole stazioni appaltanti di disapplicare tale norma nazionale in quanto da ritenere in contrasto con il diritto comunitario, obbligo incombente «non solo al giudice nazionale, ma anche a tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative (v., in questo senso, sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88, Fratelli Costanzo, racc. pag. 1839, punto 31), il che implica, ove necessario, l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto comunitario (v. sentenza 13 luglio 1972, causa 48/71, Commissione/Italia, racc. pag. 529, punto 7)» (in tal senso da ultimo, Corte di giustizia, sentenza del 9 settembre 2003, punto 49 della motivazione, in causa C-198/01).

In conclusione, deriva da tutto quanto sopra detto che i bandi di gara, e la correlata documentazione, per l'aggiudicazione di appalti pubblici sotto soglia comunitaria, nel regolamentare gli aspetti connessi alle «specifiche tecniche» del bene oggetto di fornitura, dovranno prestare la massima cura nel contenere previsioni coerenti con i suddetti principi, dovendosi considerare, per contro, a tutti gli effetti illegittima ogni indicazione diretta ad individuare marchi, brevetti o tipi, nonché l'indicazione di un'origine o di una produzione determinata a meno che, nelle sole ipotesi nelle quali non risulti possibile fornire una descrizione dell'oggetto del contratto mediante specifiche sufficientemente precise e comprensibili da parte di tutti gli interessati, tali indicazioni siano espressamente accompagnate dalla indicazione ulteriore: «o equivalente».

Tali essendo i principi ricavabili dall'ordinamento comunitario, questo Ministro invita tutte le amministrazioni interessate a conformarsi con effetto immediato alle ricordate prescrizioni in sede di redazione di tutti i nuovi bandi di gara e dell'allegata documentazione per l'aggiudicazione di appalti pubblici di fornitura di importo inferiore alla soglia comunitaria, nonché nello svolgimento delle relative procedure selettive.

Si segnala, infatti, che la Commissione europea è già più volte intervenuta nei confronti del Governo italiano sottoponendo a vaglio critico il comportamento di alcune stazioni appaltanti che nel corso di procedure di evidenza pubblica per l'aggiudicazione di appalti di forniture sotto soglia comunitaria hanno pubblicato avvisi di gara richiedendo beni, oggetto

della fornitura, mediante indicazione di marca e modello predeterminato ed escludendo la possibilità di fornire modelli equivalenti di differente marca, sottolineandone la contrarietà con i citati articoli 28 e 30 del trattato CE.

Poiché l'eventuale ripetersi di comportamenti simili da parte delle stazioni appaltanti, da ritenersi illegittimi per violazione alle regole comunitarie sopra descritte, potrebbero comportare una condanna dello Stato italiano, ai sensi dell'art. 228 del trattato CE, con conseguente applicazione di sanzioni pecuniarie da parte dell'Unione europea, si rammenta che ciò comporterebbe, conseguentemente, l'obbligo di attivazione da parte del Governo dei consequenziali provvedimenti a carico dei pubblici funzionari che vi hanno dato causa, si invitano tutte le stazioni appaltanti ad attenersi scrupolosamente agli indirizzi operativi di cui alla presente circolare, con l'avvertenza che, in caso di inosservanza di siffatti obblighi, si incorrerà nella responsabilità amministrativa per danno all'erario.