

2. FINANZIAMENTO DELLE AZIENDE SANITARIE

Secondo quanto stabilito dall'art. 2 del D.Lgs. 502/1992, comma 2^{sexies} aggiunto dall'art. 2 del D.Lgs. 229/1999, spetta alle Regioni disciplinare il finanziamento delle AUSL sulla base di una quota capitaria calcolata in base alle caratteristiche della popolazione e del territorio.

Le singole **fonti di finanziamento** sono:

- *una quota del Fondo sanitario regionale* ripartito annualmente dalla Regione;
- *rendite, lasciti, donazioni* e quant'altro sia acquisito al patrimonio aziendale per effetto di contratti e convenzioni;
- *il ricorso a mutui o ad altre forme di credito* di durata non superiore a dieci anni, per il finanziamento di spese di investimento e previa autorizzazione regionale, fino ad un ammontare complessivo delle relative rate, per capitale ed interessi, non superiore al 15 per cento delle entrate proprie correnti;
- *anticipazione*, da parte del tesoriere, che *non superi un dodicesimo dell'ammontare annuo del valore dei ricavi*, ivi compresi i trasferimenti, iscritti nel bilancio preventivo annuale.

Meritano una particolare attenzione, inoltre, le **entrate proprie** di cui le AUSL possono pienamente disporre nell'ambito dell'autonomia patrimoniale ed economico-finanziaria:

- ticket pagati dagli assistiti per le prestazioni specialistiche, di diagnostica strumentale e di laboratorio;
- entrate derivanti da lasciti e donazioni;
- erogazione di prestazioni tariffabili e servizi a pagamento;
- introiti dell'attività libero-professionale degli operatori;
- eventuali avanzi di gestione.

Per quanto, invece, riguarda le **aziende ospedaliere** ed i **presidi ospedalieri** non costituiti in aziende, il loro finanziamento è basato essenzialmente sulla remunerazione a tariffa della prestazione sanitaria erogata attraverso i **DRG** (*Diagnosis related group*) individuati dalla Regione sulla base di criteri uniformi stabiliti a livello nazionale.

Ciascun DRG raggruppa categorie di pazienti ospedalieri definite in modo che presentino caratteristiche cliniche analoghe e richiedono per il loro trattamento volumi omogenei di risorse ospedaliere; l'assegnazione di ciascun paziente ad uno specifico DRG avviene sulla base della scheda di dimissione (diagnosi principale di dimissione, diagnosi secondarie, interventi chirurgici ecc.). Con D.M. 14-12-1994 a ciascun DRG è stata associata una tariffa (che fa riferimento sia ai costi di natura strettamente clinica che ai costi gestionali) che rappresenta la

remunerazione massima da corrispondere ai soggetti erogatori a fronte delle singole prestazioni rese agli assistiti (tali tariffe sono state successivamente aggiornate dal D.M. 30-6-1997 e, in ultimo, dal D.M. 18-12-2008).

In questo modo si è cercato di superare il sistema del pagamento secondo le giornate di degenza in favore di un sistema basato sul *prodotto complessivamente erogato*.

Sezione Terza

L'attività contrattuale delle aziende sanitarie

1. PREMESSA

Nella previgente formulazione del D.Lgs. 502/1992, le unità sanitarie locali, pur godendo di ampia autonomia gestionale nell'ambito della normativa nazionale e regionale, erano comunque considerate organismi di diritto pubblico: di conseguenza, l'**attività contrattuale** dell'azienda (acquisti, alienazioni, lavori, locazioni, approvvigionamenti ed altri contratti comunque riguardanti le funzioni ed i servizi delle aziende sanitarie), non poteva prescindere dalle procedure di evidenza pubblica che caratterizzano l'attività contrattuale della P.A.

Il **D.Lgs. 19-6-1999, n. 229** ha poi completamente rivoluzionato la disciplina contrattuale delle unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere: dando concretezza alla affermazione dell'art. 3, comma Ibis, («le unità sanitarie locali si costituiscono in aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale») la riforma ha in gran parte assimilato l'attività contrattuale delle unità sanitarie locali a quella di soggetti di diritto privato. Dispone infatti l'art. 3, co. 1ter, D.Lgs. 502/1992 (aggiunto dal D.Lgs. 229/1999) che le aziende sanitarie locali e le aziende ospedaliere agiscono mediante **atti di diritto privato** e i contratti di fornitura di beni e servizi d'importo inferiore alla soglia comunitaria sono **appaltati o contrattati direttamente secondo le norme di diritto privato** indicate nell'atto aziendale.

Con l'emanazione del nuovo testo unitario degli appalti pubblici, approvato con il **D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163** (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*), l'art. 3, comma 1ter, del D.Lgs. 502/1992 è stato abrogato. Per effetto di tale abrogazione anche le aziende sanitarie rientrano nel novero dei soggetti pubblici tenuti al rispetto dell'evidenza pubblica, procedura di cui si dirà nel corso di questa sezione, anche per l'attività contrattuale sotto soglia. Pertanto illustreremo la disciplina generale dell'**attività**

contrattuale della Pubblica Amministrazione in quanto, seppure con le dovute differenze, essa è **applicabile alle aziende sanitarie**.

2. L'ATTIVITÀ DI DIRITTO PRIVATO DELLA P.A.

La P.A., nel perseguire i suoi fini, non si avvale unicamente di forme e mezzi previsti dal diritto pubblico (cioè amministrativo), ma può anche utilizzare gli stessi strumenti giuridici utilizzati dai soggetti privati: i negozi di diritto privato.

In questo caso la P.A. si pone sullo stesso *piano* del privato cittadino, e *non agisce* in veste di *organo pubblico*, dotato di poteri di imperio e di autotutela, ma come un qualsiasi altro soggetto, con i suoi stessi diritti e doveri.

Possiamo distinguere **due fasi** in cui si svolge il rapporto contrattuale: la prima (**fase procedimentale**) anteriore, la seconda (**fase negoziale**) successiva alla stipulazione.

Nella **fase procedimentale**, che abbraccia la deliberazione di addvenire al contratto, la scelta del sistema da seguire per il reperimento del contraente, la formazione del prezzo contrattuale, l'esperimento della relativa gara, la predisposizione delle clausole contrattuali e l'approvazione del contratto, domina il *diritto pubblico*, con i suoi principi e criteri.

Di conseguenza, in questa fase il privato non gode di diritti soggettivi ma, al limite, di interessi legittimi.

Nella **fase negoziale**, invece, relativa all'esecuzione del contratto, domina il *diritto privato* cosicché prevale la logica della parità delle parti: entrambe sono titolari di diritti soggettivi e di obblighi giuridici.

I contratti delle P.A. possono così distinguersi:

- *contratti ordinari*: sono i c.d. contratti di diritto comune caratteristici dell'autonomia privata;
- *contratti speciali di diritto privato*: sono quei contratti regolati da norme di diritto privato speciale, e la loro peculiarità risiede nel fatto di essere regolati da norme civilistiche di specie rispetto a quelle generali del codice;
- *contratti ad oggetto pubblico*: sono quelli che si caratterizzano per l'incontro e la commistione tra provvedimento amministrativo e contratto.

Non costituiscono, invece, una categoria a sé i cosiddetti **contratti ad evidenza pubblica** con cui si suole definire una sorta di *modulo procedimentale* applicabile a ciascuno dei tipi contrattuali citati.

3. REGIME GIURIDICO DEI CONTRATTI PRIVATI DELLA P.A.

In tali contratti la legge interviene a «correggere» alcuni istituti del diritto privato, ed a dettare una disciplina particolare per alcuni elementi del contratto, allorché parte contraente sia una P.A.

In generale rientrano nella disciplina del *diritto privato* comune:

- *i limiti dell'attività contrattuale*. La P.A., come il privato, può liberamente adottare le forme contrattuali più convenienti per il raggiungimento dei suoi fini, con i soli limiti posti dai divieti specifici in tema di contratti dalle norme di diritto privato;
- *la determinazione degli elementi essenziali del contratto* (forma, volontà, causa);
- *gli effetti del contratto*;
- *la fase di attuazione coattiva* del negozio (laddove non può trovare attuazione l'*autotutela*, istituto di natura strettamente pubblicistica), mediante *ricorso* all'Autorità giudiziaria ordinaria.

Sono invece disciplinate *dal diritto pubblico*:

- le attività inerenti al processo *formativo della volontà del soggetto pubblico* (es.: la scelta del privato contraente; le trattative che precedono l'accordo etc.);
- le imposizioni al *privato* contraente di *obblighi accessori* nel corso del rapporto con possibili oneri o obblighi aggiuntivi (es.: aumento o diminuzione del contratto nei limiti del *quinto* del valore globale);
- la *caducazione della deliberazione amministrativa* che ha dato vita al rapporto, con conseguente venir meno dello stesso;
- le particolari *forme* in cui può manifestarsi l'attuazione coattiva del rapporto (es.: esecuzione diretta di un contratto da parte della P.A. in pendenza di contestazione giudiziaria; divieto per il privato di chiedere la condanna della P.A. all'esecuzione in forma specifica).

4. LA DISCIPLINA IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI: DALLE DIRETTIVE COMUNITARIE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Nell'evoluzione della disciplina in tema di contratti pubblici, un ruolo fondamentale è stato assunto dal legislatore comunitario, il quale, nella prospettiva della formazione di un **mercato unico europeo**, ha adottato, di volta in volta, una normativa sempre più incentrata a realizzare il **principio concorrenziale tra gli operatori economici**, le **quattro libertà di circolazione** (*merci, servizi, capitali e persone*), nonché i **principi di efficienza** ed **imparzialità** dell'agire amministrativo.

In tale ottica di promozione della concorrenza, il legislatore comunitario, con l'adozione delle direttive CE n. 17 e n. 18 del 31-3-2004, ha dato un forte *input* riformatore alla disciplina dei contratti pubblici.

In particolare, la **Direttiva Unica appalti** (la n. 2004/18), ha riordinato la materia *de qua* ed aggiornato i suoi contenuti sulla base di orientamenti emersi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, intervenuta a limare gli eccessivi formalismi, presenti nella precedente normativa, ormai in contrasto sia con i principi di celerità e flessibilità dell'agire amministrativo sia con i nuovi strumenti introdotti dal processo tecnologico. Per raggiungere tale obiettivo, si è reso necessario porre sullo stesso piano i mezzi elettronici e quelli tradizionali di comunicazione, mediante la **valorizzazione degli strumenti telematici ed informatici** nell'espletamento delle procedure di gara.

Nel rispetto del termine (31 gennaio 2006) fissato per l'attuazione delle direttive 2004/18 e 2004/17, l'art. 25 della L. 62/2005 (legge comunitaria 2004) ha delegato il Governo a recepire le due normative europee, imponendo la raccolta in un unico testo sia della disciplina degli appalti di rilevanza comunitaria, sia degli appalti sotto soglia comunitaria. Alla delega ha dato attuazione il **D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163** (cd. **Codice dei contratti pubblici**).

Il D.Lgs. 163/2006 è stato successivamente modificato ed integrato con una serie di provvedimenti normativi, il **D.Lgs. 26-1-2007 n. 6**, il **D.Lgs. 31-7-2007 n. 113** ed il **D.Lgs. 11-9-2008 n. 152**, tutti finalizzati a perfezionare la disciplina di base ed a consentire l'avvio dei nuovi istituti voluti dal legislatore comunitario.

Oltre ai citati interventi correttivi del Codice, la materia dei contratti pubblici è stata oggetto di numerose altre previsioni che, di fatto, delineano il diritto dei contratti pubblici (**L. 2/2009; L. 69/2009; L. 102/2009; D.Lgs. 20-3-2010, n. 53**, che ha introdotto disposizioni sul miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici).

5. IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

A) I principi

Il **Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture** è stato adottato con il **D.Lgs 12-4-2006, n. 163**, successivamente modificato ed integrato, e la sua *ratio* è stata individuata, conformemente alle previsioni del legislatore comunitario, nella prospettiva del passaggio dalla tutela esclusiva dell'interesse pubblico della P.A. alla «cura di interessi generali, quali la tutela della concorrenza, la parità di trattamento degli operatori economici, la non discriminazione, la trasparenza, l'apertura degli appalti pubblici nazionali agli imprenditori dei diversi Paesi europei, così da assicurare un mercato concorrenziale e competitivo degli appalti» (IMMORDINO).

L'**art. 2 del Codice** detta una serie di **principi generali** che devono governare sia la *fase pubblicitica di scelta del contraente*, che quella, prettamente *privatistica*, relativa all'*esecuzione del contratto*.

L'elencazione legislativa parte dalle diverse interpretazioni affermatesi nel tempo dei parametri di buon andamento ed imparzialità della P.A., di cui all'art. 97 Cost., per poi conciliarle con i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, stabiliti nel Trattato CE. In tale prospettiva, il comma 1 dell'articolo *de quo* prevede, da una parte, tra i principi che devono uniformare l'affidamento e l'esecuzione dei contratti, quello della **garanzia della qualità delle prestazioni** che il futuro contraente dovrà fornire, oltre al **rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza**, con evidente richiamo al dato normativo costituzionale, e dall'altra, pone l'accento sulla necessità di procedere all'affidamento nel rispetto dei **principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità**, tutti di matrice comunitaria, frutto della elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia e capisaldi della legislazione comunitaria.

Gli ultimi due commi dell'articolo 2 del Codice contengono due importanti richiami: al rispetto delle **disposizioni di cui alla legge sul procedimento amministrativo**, L. 241/1990, per ciò che attiene le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in tema di contratti pubblici, e ai **principi fissati nel codice civile**, relativamente all'attività contrattuale dei soggetti appaltanti.

B) Ambito di applicazione del Codice: soggettivo ed oggettivo

Affinché le norme del Codice possano essere applicate è necessario individuare sia i *soggetti* che sono *tenuti alla loro applicazione* nello svolgimento della propria attività contrattuale (ambito soggettivo), sia le *tipologie contrattuali* alle quali esse si *applicano* (ambito oggettivo).

Quanto al **profilo soggettivo**, l'art. 3 del Codice, al comma 25, stabilisce che i contratti debbano essere affidati dalle **amministrazioni aggiudicatrici**, con tale espressione intendendosi «**le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti**».

Quanto all'**ambito oggettivo** di applicazione del Codice, questo regola prevalentemente quei **contratti pubblici cd. passivi**, ossia quei contratti con i quali la **pubblica amministrazione**, a fronte di un esborso economico, **si procura beni e servizi necessari al proprio funzionamento**.

In particolare, se al comma 3 dell'art. 3, infatti, il legislatore ha specificato che «i «contratti» o i «contratti pubblici» sono i contratti di *appalto* o di *concessione* aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori», ai successivi commi 6, 11 e 12 vengono, rispettivamente, fornite le definizioni dell'appalto e della concessione (di lavori pubblici e di servizi) utili a delimitare, con maggiore precisione, la portata applicativa del Codice. E, dunque, l'**appalto** è un **contratto a titolo oneroso** stipulato per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, avente per oggetto l'**esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi**.

Specificamente, poi, il contratto di appalto può avere ad **oggetto**:

1. **lavori**: comprendente l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero, previa acquisizione in sede di offerta del progetto definitivo, la progettazione esecutiva e l'esecuzione (art. 53), oppure, limitatamente alle infrastrutture strategiche l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante o dall'ente aggiudicatore, sulla base del progetto preliminare o definitivo posto a base di gara;
2. **servizi**: aventi ad oggetto la prestazione dei servizi individuati dal legislatore;
3. **forniture**: aventi ad oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti.

Le **concessioni di lavori pubblici**, invece, vengono definite come «**contratti a titolo oneroso**, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente Codice, l'**esecuzione**, ovvero la **progettazione esecutiva** e l'**esecuzione**, ovvero la *progettazione definitiva*, la *progettazione esecutiva* e l'*esecuzione di lavori pubblici* o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro *gestione funzionale ed economica*, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il *corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo*»; infine, le **concessioni di servizi** che, pur presentando le medesime caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, vengono dal legislatore definite *a contrario*, differenziandole da quest'ultimo per la loro peculiarità di avere come *corrispettivo della fornitura di servizi unicamente il diritto di gestire i servizi ovvero tale diritto accompagnato da un prezzo*.

6. IL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DEL CONTRATTO (L'EVIDENZA PUBBLICA)

A) Generalità e struttura

Per poter addivenire alla stipula di un contratto è necessario che la pubblica amministrazione segua una *determinata e specifica procedura*, definita da regole di ordine pubblico che non possono essere derogate dalle parti, *con la quale renda evidenti le ragioni che la inducono a stipulare proprio con un determinato soggetto*: la cd. **evidenza pubblica**.

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 163/2006, il legislatore ha dettato la disciplina del procedimento di evidenza pubblica, che può essere scomposto in quattro momenti principali.

Dagli **artt. 11 e 12 del Codice**, infatti, sono evincibili le seguenti **fasi**:

1. la cd. **deliberazione a contrarre**;
2. la fase di **scelta del contraente**;
3. la **conclusione del contratto**;
4. l'**approvazione del contratto**.

B) Deliberazione a contrarre e determinazione del contenuto del contratto

La realizzazione di qualsiasi negozio da parte della P.A. deve essere preceduta, da un **provvedimento amministrativo** o da **analoga manifestazione di volontà** (cd. **deliberazione a contrarre**) con cui si dichiara lo **scopo** da perseguire ed il **modo** con cui si intende realizzarlo. Tale atto costituisce così il **presupposto del futuro negozio**, che è, perciò, in rapporto di strumentalità con il detto provvedimento.

In particolare, la *delibera a contrarre* è l'atto (l'art. 11, comma 2, del D.Lgs. 163/2006, del Codice espressamente stabilisce che le amministrazioni, prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, *decretano o determinano* di contrarre) con il quale la P.A. **manifesta la propria volontà di concludere un contratto, fornisce delle indicazioni di massima circa la futura procedura e legittima la successiva azione dell'organo esecutivo che rappresenta l'ente**; essa, in particolare, deve individuare gli *elementi essenziali* del futuro contratto, la *procedura di scelta del contraente* che l'amministrazione intende adottare nonché il *criterio* da seguire per *selezionare l'offerta migliore*.

Sulla base della delibera a contrarre ha luogo il primo vero atto della procedura di evidenza pubblica, ossia quello della **predisposizione e successiva pubblicazione del bando di gara**, che contiene la **disciplina speciale regolante la singola procedura concorsuale** e costituisce, pertanto, la *lex specialis* della procedura (unitamente a tutte quelle disposizioni che in qualche modo regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione della gara per la scelta del contraente, in qualsiasi documento contenute).

Considerata l'importante **finalità** che il bando di gara assolve, ossia quella di **garantire la più ampia partecipazione** e di **creare una reale concorrenza** tra le ditte partecipanti che possa consentire alla P.A. di scegliere successivamente il contraente migliore al quale affidare il servizio o i lavori o dal quale acquisire i beni necessari alla sua attività, lo stesso deve essere sottoposto alle **forme di pubblicità** ritenute a tal fine idonee dal legislatore: l'art. 66 del Codice, infatti, prevede una *pubblicazione sovranazionale sulla GUCE* ed una *pubblicazione in ambito nazionale*.



Cosa sono i capitoli?

Accanto al bando di gara, il legislatore (art. 5) prevede che le stazioni appaltanti possano approntare dei **capitolati** che individuano, più analiticamente, **la disciplina tecnica e di dettaglio dei contratti** che si intendono porre in essere. Essi **si distinguono** in:

- capitolati generali**, che riguardano la generalità dei contratti di un certo tipo (es.: contratti di appalto di opere pubbliche) e fissano, in via generale, *le forme* e *le condizioni* della stipulazione, nonché *le clausole fondamentali* comuni a tutti i contratti di quella specie;
- capitolati speciali**, che fissano la disciplina del *singolo rapporto* concreto.

Successivamente alla pubblicazione del bando, tutti i soggetti interessati, in possesso dei requisiti richiesti, possono presentare la propria offerta.

Per quanto riguarda l'**offerta**, l'art. 11, comma 6, del Codice dei contratti espressamente stabilisce che **ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta**.

Quanto alle **modalità di presentazione** della stessa, l'**art. 74 del Codice** riconosce all'operatore economico, in possesso dei requisiti richiesti dal bando, la possibilità di presentare la propria offerta anche **per via elettronica**: l'offerta, infatti, può assumere la forma di un *documento cartaceo o elettronico* e deve recare, rispettivamente, la *sottoscrizione con firma manuale o digitale*.

C) La scelta del contraente

Alla presentazione delle offerte segue lo **svolgimento della gara**, al cui esito verrà individuata l'offerta migliore. I principi che regolano lo svolgi-

mento delle gare pubbliche sono essenzialmente due: il **principio della pubblicità delle sedute di gara** ed il **principio di continuità della gara**.

Alla scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'amministrazione, si perviene all'esito di una specifica procedura.

L'**art. 54** del Codice individua le seguenti **procedure di scelta**:

- **procedure aperte**: sono quelle procedure in cui *ogni operatore economico interessato* può presentare un'offerta;
- **procedure ristrette**: sono quelle in cui ogni operatore economico può chiedere di partecipare (presentando una richiesta di invito) ed in cui possono presentare un'offerta solo gli *operatori invitati* dalle stazioni appaltanti;
- **procedure negoziate, con o senza la previa pubblicazione di un bando**: sono quelle procedure in cui le stazioni appaltanti *consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano* con uno o più di essi le *condizioni dell'appalto*.

In particolare, ai sensi dell'art. 56, le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante procedura negoziata, **previa pubblicazione di un bando di gara** quando, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, **tutte le offerte presentate sono irregolari ovvero inammissibili**, in ordine a quanto disposto dal Codice in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte ovvero nel caso di appalti pubblici di lavori, per lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto, e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e sviluppo.

Viceversa, le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara in determinate ipotesi, dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre, ai sensi di quanto disposto dall'art. 57 D.Lgs. 163/2006. Tale tipologia corrisponde alla trattativa privata come nel previgente ordinamento disciplinata (IMMORDINO);

- **dialogo competitivo**: è quella procedura applicabile nei casi di *appalti particolarmente complessi*. Con essa l'amministrazione aggiudicatrice avvia un *dialogo* con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte. Qualsiasi operatore può chiedere di partecipare.

Accanto a tali modalità, il Codice introduce anche delle **modalità procedurali assolutamente nuove** per il nostro ordinamento e tutte di matrice comunitaria. Oltre al dialogo competitivo (art. 58 del Codice), gli artt. 59 e

60 del D.Lgs. 163/2006 disciplinano rispettivamente: gli **accordi quadro** ed i **sistemi dinamici di acquisizione**.

L'**accordo quadro** è definito come un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici il cui scopo è quello di stabilire clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, eventualmente, le quantità previste (art. 3, comma 13, del Codice).

Il **sistema dinamico di acquisizione** è un processo di acquisizione interamente elettronico, per acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze della stazione appaltante, limitato nel tempo ed aperto per tutta la sua durata a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione e che abbia presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'oneri (art. 3, comma 14, del Codice).

Il contraente con il quale la pubblica amministrazione dovrà, all'esito della procedura, stipulare il contratto sarà quello che avrà presentato l'offerta migliore, quella cioè in grado di soddisfare le necessità della stazione appaltante. Un momento importante della procedura è, pertanto, quello consistente nella *scelta del criterio in base al quale individuare l'offerta migliore*, in quanto tramite i criteri di aggiudicazione si concretizza il principio di concorrenza negli appalti.

I **criteri di aggiudicazione** sono individuati all'art. 81, comma 1, del Codice e sono: il **criterio del prezzo più basso** ed il **criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**. Il legislatore ha stabilito una **piena equivalenza** fra i detti criteri, tale che il potere di scelta fra gli stessi viene rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione, e ne ha sancito l'applicabilità indistinta a tutti i tipi di contratti, lavori, servizi o forniture. La stazione appaltante deve indicare il criterio scelto nel bando di gara e da questo poi non può più discostarsi.

La fase di scelta del contraente termina con l'**aggiudicazione** dell'appalto. Dapprima si procede all'**aggiudicazione provvisoria** della gara al miglior offerente e, solo a seguito dei controlli opportuni e dell'approvazione dell'organo competente dell'amministrazione pubblica, si formalizza l'**aggiudicazione definitiva**. Tale aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta, ed è subordinata alla verifica del possesso dei requisiti prescritti in capo all'aggiudicatario; solo in caso di esito positivo, essa diviene efficace.

L'atto di aggiudicazione definitiva viene *tempestivamente*, e comunque entro un termine non superiore a 5 gg., comunicato all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per farlo, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o

la lettera d'invito se le dette impugnazioni non siano ancora respinte con pronuncia definitiva del Giudice (art. 79 del Codice, come modif. dal D.Lgs. 53/2010). Ciò **al fine di consentire loro di agire in giudizio per l'annullamento della stessa** (si ricorda che il tempo massimo per impugnare l'aggiudicazione è stato fissato in 30gg.).

D) La conclusione del contratto

Fatti salvi i poteri di autotutela dell'amministrazione, la stipula del contratto deve avvenire nel termine stabilito dal legislatore: entro 60 gg. da quando l'aggiudicazione definitiva è divenuta efficace.

Con il **D.Lgs. 53/2010** il legislatore ha stabilito che il **contratto non può** comunque **essere stipulato** prima di 35 gg. dall'invio dell'ultima delle comunicazioni, ai soggetti interessati, del provvedimento di aggiudicazione definitiva (c.d. *termine dilatorio per la stipula*, ex art. 11, comma 10, D.Lgs. 163/2006).

La **stipulazione**, in particolare, ai sensi dell'**art. 11, comma 13, del Codice dei contratti**, è la **redazione per iscritto del contratto**, che, appunto, deve essere stipulato mediante *atto pubblico notarile* o attraverso *forma pubblica amministrativa* a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero mediante scrittura privata, nonché in forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna delle stazioni appaltanti.

Il contratto stipulato è sottoposto alla **condizione sospensiva** dell'esito positivo dell'eventuale approvazione dello stesso e degli altri controlli stabiliti dalle stazioni appaltanti.

L'approvazione è una *condicio iuris* di efficacia del contratto.

L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace.

E) L'approvazione del contratto

L'**approvazione** si presenta quale **momento necessario** affinché il contratto **possa esplicare i suoi effetti**, al termine di un controllo di regolarità amministrativa e contabile.

Il contratto stipulato, infatti, è soggetto all'eventuale approvazione da parte dell'organo competente, nel termine stabilito nei singoli ordinamenti delle specifiche stazioni appaltanti ovvero in quello di 30 giorni stabilito *ex lege*, decorrenti dal ricevimento dello stesso: tale termine può essere interrotto qualora l'amministrazione chieda chiarimenti e/o documenti. Decorsi i detti termini il contratto si intende approvato (art. 12, comma 2, del Codice).

L'approvazione ha un **effetto retroattivo** in quanto, anche se interviene in una fase successiva, rende comunque possibile l'esplicazione degli effetti del contratto *sin dal momento della sua stipula*.

7. ESECUZIONE DEL CONTRATTO E PAGAMENTO DEL PREZZO

I contratti **approvati** e, se prescritto, **registrati** dalla Corte dei conti ovvero **sottoposti al procedimento positivo di controllo** di cui all'art. 12, comma 3, del Codice, sono **esecutivi** e pertanto **possono essere eseguiti dalle parti**, nel rispetto delle previsioni del codice civile.

Nei regolamenti speciali di ciascun servizio si stabiliscono le cautele di assistenza, direzione e vigilanza necessarie per assicurare la buona esecuzione delle forniture, dei lavori e dei servizi, secondo la diversa natura degli adempimenti. È durante questa fase che ha luogo il **collaudo**, inteso a verificare il **puntuale rispetto delle condizioni** stabilite nei capitolati d'oneri e nel contratto.

8. LA TUTELA GIURISDIZIONALE

La Parte IV del Codice individua e disciplina gli strumenti predisposti per tutelare le posizioni dei soggetti interessati da una determinata procedura concorsuale.

Quanto alla **tutela giurisdizionale**, l'**art. 244 del Codice** devolve alla **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo** tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.

Con l'**art. 7 D.Lgs. 53/2010**, il legislatore, modificando l'art. 244 del Codice ha stabilito, inoltre, che la giurisdizione del G.A. si estende alla dichiarazione dell'inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative.

Oltre alla tutela giurisdizionale il legislatore ha individuato una serie di **misure preconcensive deflative**, quali *strumenti stragiudiziali* di definizione delle liti, quali la **transazione**, l'**accordo bonario** e l'**arbitrato**.