

INDICE

Premessa	pag.	3
Capitolo I		
L'attività della pubblica amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato		
1. L'attività amministrativa di diritto privato		6
2. I contratti della pubblica amministrazione		11
3. La formazione del contratto		14
4. Il contratto come fase successiva all'aggiudicazione		21
5. Contratti d'appalto di lavori, servizi e forniture; differenze		27
6. Il contenuto del contratto di appalto di opere pubbliche		31
7. La disciplina economica del contratto		35
8. Possibilità di modificare e rinegoziare la proposta e le clausole contrattuali		38
9. Modificazioni soggettive del contraente e limiti all'autonomia negoziale		43
10. Poteri di vigilanza e direzioni lavori		51
11. <i>Jus variandi</i>		53
12. Recesso fra diritto privato e funzione pubblica		54
13. La risoluzione del contratto		57
Capitolo II		
La scelta del contraente secondo il Codice dei contratti pubblici		
1. Il recepimento delle direttive 2004/17/ce e 2004/18/ce		62

2. Le nuove forme di aggiudicazione	63
3. La scelta del contraente e discrezionalità della p.a.	75

Capitolo III
Libia e Turchia

1. La “formazione” giuridica dei Paesi dell’area Euro – mediterranea	79
2. Libia	82
2.1 Gli appalti pubblici	83
2.2 Il <i>tender</i>	86
2.3 La normativa appalti	89
2.4 L’offerta	92
2.5 L’apertura delle buste	97
2.6 La valutazione delle offerte	98
2.7 <i>Performance bond</i>	100
3. Turchia	103
3.1 L’Autorità di Vigilanza	106
3.2 Normative	107
Conclusioni	202
Bibliografia	205

Premessa

È frequente nel nostro ordinamento l'utilizzo di istituti tipici del diritto civile per regolare settori di competenza della pubblica amministrazione ed è naturale la compresenza di regole pubblicistiche e privatistiche, reciprocamente interferenti.

Relativamente ai contratti di appalti pubblici si assiste all'interazione di due momenti fondamentali: il soddisfacimento dell'interesse pubblico e la utilizzazione degli strumenti di diritto privato.

Il primo, tipico di ogni funzione pubblica, si realizza attraverso la previsione dell'obbligo di rispettare i canoni fondamentali di trasparenza, efficienza, parità di condizioni nell'accesso al mercato, economicità, ecc..

Il secondo, basandosi sul presupposto della parità dei contraenti, consente la stipulazione del contratto mediante la utilizzazione di tutti gli strumenti del diritto civile, nel rispetto dell'autonomia contrattuale in base alla quale le parti sono libere di determinarne il contenuto, ovviamente nei limiti imposti dalla legge e sempre che si realizzino interessi meritevoli di tutela secondo il nostro ordinamento.

L'amministrazione persegue sempre l'interesse pubblico che rappresenta il suo fine, anche quando agisce mediante strumenti di carattere privatistico.

Questi ultimi vengono disciplinati dalle disposizioni del diritto comune in cui sono trasfusi tutti quei principi che consentono alla p.a. di perseguire il proprio interesse tutelando, allo stesso tempo, gli interessi e le aspettative dei privati quali il buon andamento, l'efficacia, l'imparzialità, la trasparenza, la concorrenzialità tra gli operatori, la ragionevolezza e la proporzionalità.

Il negozio giuridico stipulato tra privato e pubblica amministrazione produce gli effetti tipici del modello civilistico.

Gli atti ed i comportamenti delle amministrazioni nel corso dello

svolgimento del rapporto devono essere valutati anche alla luce dell'interesse pubblico perseguito e in base ai principi di derivazione comunitaria.

L'attività amministrativa di diritto privato non si concretizza in un trasferimento complessivo dello statuto pubblicistico sul piano dei rapporti privatistici, dovendo sempre tenere ben presente l'esigenza imprescindibile di contemperare l'autonomia negoziale nell'ambito dell'autonomia funzionale della pubblica amministrazione e di dover bilanciare comunque i diversi interessi in gioco.

I modelli privatistici utilizzati dall'amministrazione a volte presentano alterazioni, prescrizioni integrative e derogatorie dovute all'esigenza di tutelare i diversi interessi.

L'apparato pubblico si è andato sempre più integrando nella società civile, passando da una posizione di originaria supremazia a quella di soggetto prevalentemente al servizio della collettività, interprete e curatore esclusivo dei suoi interessi in quanto erogatore di beni e utilità. L'evoluzione del sistema amministrativo ha fatto sì che questi ultimi (beni ed utilità) siano dispensati attraverso soluzioni istituzionali e strumenti profondamente diversi rispetto al passato, con l'inevitabile conseguente mutamento sia delle funzioni esercitate dal potere pubblico che degli strumenti di esercizio di tali funzioni.

Alcuni compiti istituzionali sono stati devoluti a soggetti privati poiché l'iniziativa privata può garantire meglio, in determinati settori, il soddisfacimento degli interessi collettivi.

In altri casi amministrazioni e privati concorrono alla realizzazione di obiettivi di interesse generale, attraverso il ricorso agli istituti di diritto comune e a nuove forme organizzative.

I settori delle opere pubbliche e dell'urbanistica in particolare hanno visto lo sviluppo di forme di azione concordata, nelle quali, pur sussistendo, sotto un profilo gestionale e organizzativo, una forte componente pubblicistica, vi è sempre di più la partecipazione degli

interessati ai procedimenti di scelta e sempre più diffuso è il ricorso all'organizzazione imprenditoriale e finanziaria dei privati.

La comparazione con la Turchia che ha come obiettivo l'ingresso in Europa ed ha calibrato gran parte della propria attività legislativa sulle direttive europee e con la Libia, anche questo un Paese con caratteristiche peculiari, crocevia di culture ed interessi diversissimi fra di loro, con una forte ambizione di sviluppo ed arricchimento, consapevole delle proprie potenzialità, ancora tutte da sfruttare, è stata interessante per conoscere realtà molto diverse dalla nostra che si caratterizzano per un fortissimo fermento, una vivace spinta verso il progresso e con un profondo desiderio di evoluzione.

Capitolo I

L'attività della pubblica amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato

Paragrafo I.

L'attività amministrativa di diritto privato

La persona giuridica pubblica è centro di imputazione di tutte le conseguenze giuridiche astrattamente ipotizzabili nell'ambito dell'autonomia privata, con le limitazioni, però, eventualmente derivanti dallo statuto dei singoli enti pubblici o dalla particolare natura dell'attività svolta.

Le persone giuridiche pubbliche possono, pertanto, dar vita a qualunque tipo di contratto, al pari dei soggetti di diritto privato nel pieno esercizio della propria autonomia, fermo restando l'obbligo di perseguire l'interesse pubblico anche impiegando strumenti privatistici¹.

Il fenomeno dell'utilizzo di strumenti privatistici per regolare i più svariati settori della vita pubblica è divenuto sempre più frequente, fino ad assistere ad una tendenziale privatizzazione dei rapporti giuridici dei quali è parte il soggetto pubblico.

L'attività amministrativa di diritto privato è attività amministrativa in senso proprio avente ad oggetto interessi pubblici per la cura dei quali vengono utilizzati istituti e norme del diritto privato.

Oggi questa concezione dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione è cristallizzata, ma fino a pochi anni fa tale attività veniva considerata alternativa e secondaria, meramente ausiliaria rispetto a quella di diritto pubblico.

¹ E. CASSETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, ed Giuffrè, Milano 2006, pag. 563; P. RESCIGNO, *Capacità giuridica*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civile, vol. II, 1988, Torino, Utet, pagg. 218 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, pag. 735.

Lo Stato era considerato come un'entità essenzialmente pubblicistica che si identificava soprattutto con il momento autoritativo dell'azione. La conseguenza di tale impostazione era la diffidenza verso l'utilizzo di strumenti privatistici.

Per avere l'esatta visione della problematica basti pensare che il riconoscimento della piena capacità giuridica alle amministrazioni pubbliche è divenuta una questione rilevante all'interno del dibattito dottrinale soltanto in tempi relativamente recenti sebbene la stipulazione di contratti fosse attività del tutto normale e legislativamente prevista.

Gli enti pubblici possiedono la medesima capacità giuridica delle persone fisiche, fatti salvi i limiti derivanti dalla natura degli stessi e da espressi divieti imposti dalla legge.

Il diritto amministrativo sta confluendo sempre più nel diritto privato ed è ormai costante l'utilizzo di istituti tipici del diritto civile per disciplinare settori di competenza della pubblica amministrazione. Conseguentemente, è frequente l'interazione di norme di diritto pubblico e norme di diritto privato.

Il potere pubblico ha subito negli anni una profonda trasformazione, andandosi ad integrare nella società civile e trasformandosi gradualmente in un soggetto prevalentemente al servizio della collettività, interprete e curatore esclusivo dei suoi interessi; tale trasformazione ha, ovviamente, interessato tutti gli strumenti di esercizio delle funzioni di poteri pubblici e, quindi, la trasformazione ha caratterizzato tutte le forme organizzative.

Il settore delle opere pubbliche, in particolare, ha visto lo sviluppo di forme di azione concordata nelle quali, pur sussistendo una forte componente pubblicistica dal punto di vista gestionale ed organizzativo, è divenuta fondamentale la partecipazione degli interessati, ricorrendo all'organizzazione imprenditoriale e finanziaria dei privati per i procedimenti di scelta. A tale proposito, infatti, si ricorre sempre più

spesso, ad esempio, alla pianificazione concordata, alle società miste, al *project financing* ed al dialogo competitivo².

L'utilizzo degli strumenti negoziali di diritto privato è sempre più frequente ed in dottrina ferve il dibattito sul se e quando sia consentito all'amministrazione, qualora sia opportuno e necessario per la tutela dell'interesse pubblico, adottare atti unilaterali nel corso dell'esecuzione di un contratto stipulato con un privato, fatta salva comunque la corresponsione dell'indennizzo.

Il diritto amministrativo, esercitato in forme consensuali, con gli strumenti del diritto privato, è soggetto al regime generale che si fonda sulla garanzia e la funzione dell'interesse pubblico; vige sempre il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

L'amministrazione, di conseguenza, deve sempre agire in ossequio ai principi costituzionali e comunitari che ne regolano l'azione e che consentono il miglior perseguimento dell'interesse pubblico, pur nel rispetto delle situazioni giuridiche soggettive del privato.

L'utilizzo di regole e strumenti propri del diritto privato ha consentito all'amministrazione di dotarsi di strumenti di governo più agili e snelli, uniformando le regole del settore pubblico e di quello privato, rendendo più forte la partecipazione dei privati anche ad iniziative che perseguono interessi collettivi e, quindi, di assicurare un ordinamento pienamente democratico nel quale la garanzia di parità di tutti i soggetti giuridici sancita dall'art. 3 della Costituzione, sia garantita, effettiva e concreta³.

² S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, CEDAM, 2008, pag. 4.

³ Sul concetto di attività pubblica tradizionalmente intesa: O. RANELLETTI, *Rapporti giuridici privati e pubblici e interessi individuali e collettivi*, in *Studi in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, vol. II, Napoli, 1906, 269 e 273, secondo il quale l'attività è pubblica soltanto quando, direttamente o indirettamente, è riferibile allo Stato e "la ragione ultima, vera ed esclusiva della natura pubblica dell'attività dello Stato" risiede "nello scopo (...) di soddisfare gli interessi collettivi del popolo, vuoi di conservazione, vuoi di benessere e prosperità"; G. RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto (1905)*, in *Scritti giuridici scelti*, Camerino, 1992, I, 267. In tema di provvedimento amministrativo,

E' da porre in risalto, però, che l'uso dei modelli privatistici da parte dell'amministrazione è caratterizzata da frequenti alterazioni, prescrizioni integrative e derogatorie, dovute proprio all'esigenza di tutelare e bilanciare i diversi interessi in gioco.

Per quanto riguarda, in particolare, l'attività della pubblica amministrazione nella stipulazione dei contratti d'appalto, questa è caratterizzata da limiti funzionali⁴.

Il principio di collaborazione deve necessariamente coesistere e conciliarsi con il principio di supremazia dell'amministrazione.

In questo settore bisogna coniugare due momenti fondamentali dell'attività della pubblica amministrazione:

- 1) soddisfare l'interesse pubblico di cui la p.a. è responsabile, attraverso il rispetto dei principi fondamentali della trasparenza, efficienza, efficacia, parità di trattamento, economicità;
- 2) utilizzare, per la stipulazione, tutti gli strumenti posti a disposizione dei contraenti dal diritto civile e costituenti l'autonomia contrattuale (art. 1321 c.c.)

L'obiettivo fondamentale da perseguire è l'interesse pubblico ma bisogna tutelare al contempo gli interessi e le aspettative dei privati, e,

con particolare riferimento al concetto di imperatività, tra gli altri: M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, pagg. 235 ss., secondo cui il provvedimento amministrativo consiste nell'atto mediante il quale l'autorità amministrativa dispone in ordine all'interesse pubblico di cui è tributaria, esercitando la propria potestà e correlativamente incidendo sulle posizioni soggettive del privato; ID., voce *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, 157 ss.; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1983, pagg. 101 ss. Sull'evoluzione della figura del provvedimento e sulla doppia qualificazione degli atti della pubblica amministrazione quali dichiarazioni negoziali e atti amministrativi, nell'ottica della funzionalizzazione anche delle manifestazioni di volontà negoziale dell'amministrazione: F.G. COCCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, pagg. 1 ss..

⁴ Cfr. CIVITARESE MATTEUCCI, *La funzione amministrativa e il diritto privato in Atti dell'incontro di studio: L'azione amministrativa progetto di revisione della legge n. 241/1990*, Università degli Studi G. D'Annunzio di Chieti - Pescara, 30 maggio 2003, Bologna, Il Mulino, 2003, 35 ss.; secondo l'A., il carattere funzionale dell'attività amministrativa, anche quando esercitata nelle forme del diritto privato, permane e non può essere rimosso; ID., *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, pagg. 405 ss., ove si analizzano i tre disegni di legge relativi alle modifiche alla legge sul procedimento amministrativo che hanno preceduto l'ultimo, poi sfociato nella legge n.15/05.

pertanto, nella disciplina comune vanno trasferiti il principio del buon andamento, l'efficacia, l'imparzialità, la trasparenza, la concorrenzialità tra gli operatori, la ragionevolezza e la proporzionalità.

Il negozio giuridico stipulato tra privato e pubblica amministrazione produce gli effetti tipici del modello civilistico, anche se atti e comportamenti della p.a. nel corso dello svolgimento del rapporto devono essere valutati anche alla luce dell'interesse pubblico perseguito e connotato dai principi di derivazione comunitaria⁵.

L'attività negoziale della pubblica amministrazione in materia di pubblici appalti, sempre rivolta al perseguimento del fine pubblico, si distingue in due fasi:

1. la fase pubblicistica, rappresentata dal procedimento di scelta del contraente sino al momento dell'aggiudicazione;
2. la fase privatistica immediatamente successiva all'aggiudicazione, costituita dalla stipulazione del contratto fino alla conclusione del rapporto.

Ognuna di queste due fasi produce effetti diversi l'una sull'altra a seconda del particolare caso concreto che di volta in volta si verifica; molti atti del procedimento amministrativo in tema di appalti pubblici sono, infatti, suscettibili di essere guardati sia sotto l'angolo visuale del diritto pubblico sia sotto quello del diritto privato.

Basta pensare al bando di gara, che può essere considerato sia come un atto amministrativo, *lex specialis* della procedura selettiva, sia come un invito a offrire così come l'aggiudicazione, che può essere vista come l'atto conclusivo del procedimento in cui la pubblica amministrazione esprime definitivamente la propria volontà o come accettazione della proposta contrattuale.

⁵ Cfr. A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 4, 2005, pag. 707; S. CASSESE, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. It. Dir Pubbl. Com.*, 1993, pagg. 329 ss; C. FRANCHINI, *Il diritto amministrativo*

Paragrafo II.

I contratti della pubblica amministrazione

Gli strumenti privatistici, più utilizzati dalla p.a., sono i contratti anche se le amministrazioni dispongono di altre tipologie di atti di diritto privato non negoziali.

La dottrina ha schematizzato i contratti della pubblica amministrazione in tre diverse categorie⁶:

1. contratti di diritto comune;
2. contratti speciali;
3. contratti ad oggetto pubblico.

Nella prima categoria rientrano la vendita e la locazione. Fra i contratti speciali rilievo assoluto è stato assunto dall'appalto di lavori, che è la categoria negoziale cui l'amministrazione ricorre attraverso la procedura dell'evidenza pubblica ogni qualvolta abbia la necessità di soddisfare bisogni istituzionali che richiedono l'intervento di soggetti terzi. La categoria dei contratti speciali oggi non ha più un ambito limitato ai contratti dello Stato e degli enti territoriali, applicandosi la stessa anche agli enti pubblici non economici, a tutti gli organismi di diritto pubblico, alle imprese pubbliche ed ai soggetti privati che operino in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi con atto dell'autorità competente.

La terza categoria è stata caratterizzata in questi ultimi anni dalla

italiano e l'influenza comunitaria, in *Riv. It. Dir Pubbl. Com.*, 5, 2004, pagg. 1179 ss..

⁶ Secondo M.S. GIANNINI, in *Diritto amministrativo*, III ed, Milano, Giuffrè, 1993, pag. 356, i contratti che concludono le amministrazioni pubbliche si dividono in tre grandi categorie. La prima è quella dei contratti ordinari o di diritto comune (vendite, locazioni, contratti d'opera, somministrazioni), contratti che ciascun soggetto può concludere utilizzando la propria autonomia privata e le conseguenti norme del diritto privato; la seconda è quella dei contratti speciali, ovvero retti da norme del diritto privato speciale; la terza è costituita dai c.d. contratti ad oggetto pubblico, che si collegano in modo strettissimo a provvedimenti amministrativi, dei quali costituiscono un necessario complemento (le convenzioni che accedono a Beni pubblici), o una integrazione, o infine una alternativa di realizzazione (ad es. le convenzioni urbanistiche). In questa concezione i contratti ad evidenza pubblica non formano una categoria come le altre ma sono a se stanti, nel senso che rappresentano esclusivamente una categoria procedimentale, che dal punto di vista sostanziale può essere applicata ai contratti speciali, ordinari o ad oggetto pubblico.

maggior diffusione, basti pensare alla crescita del fenomeno dell'urbanistica consensuale⁷.

Attualmente l'attività contrattuale⁸ relativa agli appalti della pubblica amministrazione e la connessa scelta del contraente vengono suddivise in due fasi distinte, di cui una pubblicistica, rappresentata dal procedimento di scelta del contraente sino al momento dell'aggiudicazione ed un'altra fase, immediatamente successiva, rappresentata da tutto ciò che segue l'aggiudicazione stessa, dalla stipulazione del contratto sino alla esecuzione del rapporto, e che è qualificata come privatistica.

Entrambe le fasi sono rivolte al perseguimento del fine pubblico. L'attività negoziale della p.a. può risultare compressa, o comunque fortemente connotata, in ragione della funzione esercitata, perché l'autonomia dell'amministrazione si conforma di volta in volta alla funzione che questa è chiamata a svolgere⁹.

I limiti all'autonomia negoziale della p.a. sono limiti posti dalla funzione cui il negozio è preordinato, nel quadro dei principi comunitari, costituzionali e dell'ordinamento vigente; è la legge innanzitutto che pone il vincolo all'agire discrezionale tipico della pubblica amministrazione che individua a monte gli interessi pubblici affidati alla sua cura.

Il principio di legalità comporta che tutti i soggetti pubblici debbano

⁷ Sul tema si è formata una ricca letteratura amministrativa fra i tanti vanno tenuti presente: DE LISE, *Contratti in materia urbanistica*, in STANZIONE E SATURNO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, pagg. 679 ss.; M. TUCCI, *Programmazione amministrativa e pianificazione del territorio*, Torino, 2003; P. URBANI, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000.

⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pagg. 363 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Qualche riflessione su "accordi" e "contratti di diritto pubblico"*, in *Gli Accordi privati, pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, a cura di G. Barbagallo, E. Follieri e G. Vettori, Napoli, ESI, 1995; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato — I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, Giuffrè, 1996; ID., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, *Dir. amm.*, 3, 2002.

⁹ Cfr. C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, pagg. 416 ss..

necessariamente perseguire, pena l'illegittimità della propria azione, gli scopi ed i fini imposti dalla Costituzione e dalla legge, quale strumento di esercizio della sovranità popolare; è la maggiore garanzia contro l'uso indiscriminato dei poteri autoritativi della amministrazione ed è volto a determinare a priori le modalità della cura dell'interesse pubblico e l'incidenza che tale cura può avere sugli interessi dei privati¹⁰.

Sull'art. 97 della Costituzione si fonda l'ulteriore principio cardine in materia di appalti pubblici, quello di concorsualità, di cui all'art. 3 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, norme di contabilità generale dello Stato, e l'art. 37 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, regolamento di contabilità, disposizioni riferite a tutti i contratti dai quali derivi una spesa.

L'attività che caratterizza il diritto degli appalti è fortemente procedimentalizzata per soddisfare le esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa e, nello stesso tempo, garantire sia il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento, dai quali discende la scelta più efficiente, efficace ed economica, che quelli di *par condicio competitorum* e massima concorrenzialità, direttamente derivati dai precetti comunitari.

L'attività contrattuale della p.a. si caratterizza sia per la discrezionalità amministrativa e per i limiti che derivano dal rispetto dei canoni di natura pubblicistica, sia per l'autonomia negoziale nell'applicazione della quale l'amministrazione è obbligata al rispetto dei principi di correttezza nelle trattative, buona fede ed affidamento, nonché tutela del contraente debole.

¹⁰ Cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, pag. 262; V.CERULLI IRELLI, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, Padova, 1998, pag. 563.

Paragrafo III.

La formazione del contratto

La peculiarità dei contratti di appalti pubblici sta nel fatto che disposizioni di natura squisitamente pubblicistica sono chiamate a costituire parte integrante di un negozio che possiede tutti gli elementi essenziali qualificanti del diritto privato¹¹.

Ed invero, la circostanza che la cura dell'interesse pubblico sia l'elemento caratterizzante ogni attività contrattuale della pubblica amministrazione, in ogni caso funzionalizzata a tali obiettivi, non è idonea ad escludere ogni forma di autonomia contrattuale, ma più semplicemente a condizionarne l'esercizio e a renderla, per taluni aspetti, limitata.

Lo stesso art. 1374 c.c. dispone che il contratto obbliga le parti non solo a quanto in esso stabilito, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi¹².

La dottrina tradizionale riteneva che dal contratto non potessero derivare conseguenze non determinate direttamente dalla volontà delle parti, in nome della libertà riconosciuta dal nostro ordinamento, salvo il solo caso di lacune od omissioni nel regolamento contrattuale, da colmarsi, mediante un intervento suppletivo della legge, degli usi o dell'equità; tuttavia, successivamente, non ha potuto negare che spesso il contenuto del contratto sia frutto anche dell'intervento normativo, senza che possa operarsi alcuna distinzione tra fonti autonome e fonti eteronome.

Le fonti autonome ed eteronome concorrono entrambe a formare il regolamento contrattuale; il contratto non esprime esclusivamente la

¹¹ Cfr. C. FRANCHINI, *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle interferenze tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Scritti in onore di G. Guarino*; G. ALPA, *Orientamenti giurisprudenziali sull'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1990, pagg. 133 ss..

¹² Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., pag. 335; S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 2004, pag. 93, pagg. 101 ss..

volontà delle parti, ma obbliga queste ultime anche a conseguenze non pattuite espressamente, conservando la natura di atto nel quale si manifesta al massimo grado quell'autonomia riconosciuta nel nostro ordinamento dall'art. 1325 c.c.¹³.

L'ordinamento ha sentito la necessità di adeguare lo strumento contrattuale alle esigenze economiche dell'intera collettività, facendo in modo che possa assolvere, a fianco della tradizionale funzione di suprema manifestazione di autonomia privata e di autoregolamentazione, alla funzione di mezzo per il perseguimento di interessi superindividuali¹⁴.

Nel contratto d'appalto viene così in evidenza proprio la funzione "sociale" del negozio, inteso, quindi, non come scambio di due volontà per il raggiungimento dell'interesse di una delle due parti contraenti, quanto piuttosto come strumento per il soddisfacimento dell'interesse pubblico, variamente articolato; in questo senso il richiamo alla legge operato dall'art. 1374 c.c. deve intendersi come richiamo a tutte le norme integratrici del contratto, indipendentemente dalla loro natura, imperativa o integrativa¹⁵.

La disciplina privatistica è ricca di esempi che ci dimostrano come il fenomeno descritto in materia di pubblici appalti non è così estraneo al nostro ordinamento: vi sono, infatti, numerosi casi nei quali il legislatore pone in generale vincoli espressi all'autonomia contrattuale, pone limiti alla libertà di determinare il contenuto dell'accordo (ad es. artt. 2597, 1679 c.c.).

Il soggetto, a volte, non è nemmeno libero di contrarre, ma vi è obbligato o dalla stessa volontà privata o dalla legge; si pensi al contratto preliminare al cui inadempimento può conseguire non il mero obbligo

¹³ Cfr. A. DI MAJO, *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Milano, pag. 106.

¹⁴ Relativamente all'autonomia privata, cfr. R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. Disc. priv.*, vol. I, Torino, 1987, pag. 517; G. ABBAMONTE, *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, in *Studi per il decennale della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1958.

¹⁵ Cfr. F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.*, diretto da A.

di risarcire il danno, ma la possibilità della parte adempiente di ottenere una sentenza che sostituisca d'autorità il contratto non concluso. Altre restrizioni all'autonomia privata si rinvengono nei limiti costituiti dalla contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume, così come nell'ipotesi di sostituzione automatica di clausole prevista dall'art. 1339 c.c.. Nel primo caso, non vi può essere alcuna tutela giuridica per l'inadempimento all'obbligazione e il contratto stipulato è nullo, attesa la contrarietà delle pattuizioni a principi posti a tutela di interessi collettivi; nel secondo caso, la norma dispone l'inserzione automatica delle clausole imposte dalla legge in sostituzione di quelle difformi eventualmente apposte dalle parti; il contratto resta in vita e le parti contraenti private restano vincolate da un apparato che non è più frutto esclusivo della loro volontà, ma di quest'ultima, per come integrata o sostituita dalla fonte eteronoma.

L'ampliamento del regolamento contrattuale, a prescindere dall'incontro delle rispettive volontà, è rappresentato dalle clausole d'uso, che si intendono inserite nel contratto a meno che non risulti espressamente che le parti non le abbiano volute (art. 1340 c.c.).

Vi è, poi, l'art. 1341 c.c., secondo il quale il contenuto contrattuale può anche essere fissato unilateralmente da uno dei contraenti mediante condizioni generali di contratto¹⁶ che sono efficaci e vincolano la parte che non le ha predisposte, se quest'ultima le ha conosciute o avrebbe potuto conoscerle utilizzando l'ordinaria diligenza.

Come è evidente, in questo caso, il contenuto del contratto non è il prodotto dell'accordo di due parti, ma l'accettazione di una delle due di quanto già stabilito dall'altra, senza alcuna possibilità di trattare o di

Cicu e F. Messineo, Milano, 1988, pag. 44;

¹⁶ S. PATTI, G. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, *Commentario del Codice Civile, Artt. 1337-1342*, fondato da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1993, pagg. 300 ss.; A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, Cedam, 1954, pagg. 30 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, vol. III, Milano, Giuffrè, II ed., 2000, pag. 350. Per quanto riguarda la giurisprudenza vedi: Corte di Cassazione, sez. I, 27 aprile 1991, n. 4638, in *Mass. Foro it.*, 1991; Id., 23 maggio 2006, n. 12153, in *Mass. Foro it.*, 2006, 1035.

negoziare su taluni aspetti delle condizioni generali.

Secondo quanto dispone, poi, il comma successivo, non hanno effetto, se non specificamente approvate per iscritto, quelle condizioni che stabiliscono a favore di chi le ha predisposte limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, oppure sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.

In dottrina le condizioni generali di contratto sono considerate quelle clausole che vengono predisposte unilateralmente e secondo uno schema destinato a essere impiegato per disciplinare in modo uniforme una pluralità indefinita di rapporti contrattuali, contrapponendosi alle clausole specificamente elaborate per singoli rapporti.

Si ha la predisposizione unilaterale di condizioni generali di contratto anche nelle ipotesi che vengano adottate clausole contrattuali, su iniziativa di una parte, secondo uno schema negoziale già proposto da terzi.

Il tema della predisposizione unilaterale delle clausole contrattuali e della disciplina applicabile assume notevole interesse relativamente al capitolato generale ed ai capitolati speciali predisposti dalle stazioni appaltanti ed inserite nei contratti d'appalto di opere pubbliche.

Per quanto riguarda il capitolato generale¹⁷, la giurisprudenza, facendo leva sulla natura regolamentare dello stesso e cioè sul fatto che non si tratta di clausole contrattuali, ma di regolamenti pubblici, sottratti per loro natura alla disciplina dei contratti, ha negato l'applicabilità dell'art. 1341 c.c.

¹⁷ Dubbi in ordine alla applicabilità dell'art. 1341 c.c. sono stati espressi da S. PATTI, G. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., pagg. 416 ss.; C. MARZUOLI, *Capitolati generali dello Stato e applicazione dell'art. 1341, secondo comma Codice Civile*, in *Studi in ricordo di Enzo Capaccioli*, Milano, Giuffrè, 1988,

Con riferimento, invece, ai capitolati speciali e allo schema di contratto, la questione è più complessa¹⁸.

A tale proposito occorre sottolineare che le stazioni appaltanti possono adottare capitolati contenenti la disciplina tecnica e di dettaglio della generalità dei contratti d'appalto stipulati, oppure dei singoli contratti.

I capitolati speciali devono essere redatti nel rispetto di tutte le norme di rango superiore in materia di lavori pubblici e, nel caso di specie, del d.lgs. n. 163/06; devono, poi, essere conosciuti dai partecipanti alle gare, mediante allegazione agli atti di gara, costituendo parte integrante del contratto stesso e fissandone le condizioni particolari.

La finalità di tali documenti è, evidentemente, quella di semplificare l'attività contrattuale, non disgiunta da una funzione di garanzia per l'amministrazione.

Il capitolato speciale deve essere presente non solo all'atto della formazione del contratto ma, in veste di schema, come componente del progetto preliminare (qualora si tratti di affidare un appalto concorso o una concessione di lavori secondo l'art. 18, d.P.R. n. 554/99, ora art. 17 del nuovo regolamento di esecuzione del d.lgs. n. 163/06), del progetto definitivo (nel caso di appalto integrato, insieme allo schema di contratto secondo l'art. 25, d.P.R. 554/99), e in ogni caso, unitamente allo schema di contratto, costituisce un documento di natura contrattuale che compone il progetto esecutivo (ai sensi dell'art. 35, lett. *m*, d.P.R. 554/99).

Il capitolato speciale può anche contenere disposizioni destinate a operare in fase di gara, con riferimento agli obblighi e oneri delle parti

pagg. 221 ss..

¹⁸ Secondo l'art. 5 del d.lgs. n. 163 del 2006, nonché l'art. 110 del d.P.R. n. 554/99 (ora art. 137 del nuovo regolamento di esecuzione del d.lgs. n.163/06) il capitolato speciale è uno di quegli atti, insieme al capitolato generale, agli elaborati grafici progettuali, all'elenco prezzi, ai piani di sicurezza e al cronoprogramma, che costituisce parte integrante del contratto e deve essere in quest'ultimo richiamato.

concorrenti, purché queste siano portate a conoscenza degli interessati.

D'altra parte, la tipologia delle disposizioni che devono obbligatoriamente essere inserite nel capitolato speciale evidenzia come si tratti di elementi strutturali essenziali rispetto all'oggetto del contratto e non di condizioni di minore importanza o di dettaglio, che il partecipante alla gara deve accettare senza poterne fare oggetto di negoziazione diretta, se pure una forma di garanzia è costituita dal fatto che le stesse debbano necessariamente essere rispettose delle fonti di rango superiore.

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento allo schema di contratto, che pure costituisce un documento essenziale da allegare sin dal progetto definitivo, per l'ipotesi di affidamento di appalto integrato, ed, in ogni caso, al progetto esecutivo: in particolare, lo schema di contratto deve contenere, per quanto non disciplinato dal regolamento stesso e dal capitolato generale, quelle clausole dirette a regolare il rapporto tra stazione appaltante e impresa in relazione alle specifiche caratteristiche dell'intervento, con riferimento ai termini di esecuzione e penali, al programma di esecuzione dei lavori, alle sospensioni o ripresa dei lavori, agli oneri a carico dell'appaltatore, alle modalità di contabilizzazione dei lavori, alla liquidazione dei corrispettivi, ai controlli e alle modalità e termini di collaudo, nonché alle modalità di risoluzione delle controversie.

Proprio per quanto concerne la predisposizione unilaterale da parte della stazione appaltante dello schema di contratto e del capitolato speciale, ci si è chiesti in passato se tali documenti contrattuali potessero essere considerati quali condizioni generali di contratto, con conseguente applicabilità della disciplina dell'art. 1341 c.c..

La giurisprudenza ormai consolidata, seppure non ha potuto disconoscere la circostanza della predisposizione unilaterale da parte della stazione appaltante del contenuto del capitolato speciale, ha escluso che potesse farsi riferimento alla disciplina delle condizioni

generali di contratto, escludendo l'applicazione del secondo comma dell'art. 1341 c.c..

Il capitolato speciale, sebbene predisposto unilateralmente da uno dei contraenti nei confronti di una persona indeterminata, nella stragrande maggioranza dei casi è predisposto dal soggetto pubblico esclusivamente per disciplinare il rapporto contrattuale con il vincitore della procedura concorsuale e non, al contrario, per disciplinare in modo uniforme una serie indefinita di rapporti.

Secondo i giudici di legittimità, infatti, il richiamo che venga effettuato nel testo del contratto ad una disciplina fissata in un distinto documento, sulla premessa della piena conoscenza di tale documento e della sua natura integrativa per la parte in cui il testo negoziale difetti di una specifica regolamentazione, fa sì che quella disciplina assuma il valore di clausole concordate, e quindi sottratte all'esigenza di specifica approvazione per iscritto ai sensi dell'art. 1341 c.c., secondo comma.

Pertanto la pubblica amministrazione, ed è anche in ciò la peculiarità dei contratti da essa stipulati, predispone, tramite i propri funzionari, unitamente agli altri atti di natura amministrativa relativi alla procedura concorsuale, taluni documenti contenenti un nucleo di regole di natura contrattuale sottratte alla successiva influenza del contraente vincitore della procedura concorsuale, che quest'ultimo può esclusivamente accettare nel momento della stipulazione del contratto, non potendosi successivamente dolere di quegli stessi contenuti.

I documenti contrattuali che costituiranno la base dei futuri rapporti negoziali e ne condizioneranno interamente lo svolgimento, vengono redatti unitamente agli atti della procedura concorsuale, e coerentemente con questi ultimi, in un *iter* che si sviluppa, o dovrebbe svilupparsi, unitariamente a partire dal momento della programmazione dell'opera e sino ad arrivare alla sottoscrizione del contratto.

L'offerta dei concorrenti ha natura giuridica di proposta contrattuale,

formulata sulla base delle condizioni fissate dall'amministrazione nel bando di gara o nella lettera di invito, da qualificarsi come invito ad offrire.

Tali proposte contrattuali che, a garanzia della certezza dei rapporti con l'amministrazione, devono essere espresse con chiarezza e precisione e non possono venire formulate in modo indeterminato o *per relationem*, sono modulate proprio sulla base di una attenta ponderazione di tutti gli atti di gara, sia qualora l'offerta riguardi esclusivamente il prezzo, sia quando il criterio sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa; in termini astratti, modificando le condizioni iniziali di base (ovvero taluni elementi del capitolato), anche le proposte contrattuali dovrebbero poter essere riformulate, poiché sono state inizialmente redatte facendo proprie quelle stesse condizioni, che implicitamente sono inserite nell'offerta.

Tuttavia, poiché le stazioni appaltanti, contrariamente alla regola generale di revocabilità della proposta sino al momento della conclusione del contratto, inseriscono normalmente negli atti di gara previsioni volte a porre un limite temporale di irrevocabilità delle proposte, la modifica delle condizioni già inserite nello schema di contratto o nel capitolato speciale d'appalto sarebbe, anche sotto questo profilo, del tutto illegittima, non residuando sul punto alcuna autonomia negoziale per l'amministrazione.

Paragrafo IV.

Il contratto come fase successiva all'aggiudicazione

L'art. 16, comma 4, del r.d. n. 2440/23 stabiliva la regola, ormai definitivamente superata, della corrispondenza dell'aggiudicazione della gara alla formazione del vincolo negoziale, valevole in tutti i casi in cui la scelta del contraente fosse avvenuta con il sistema dei pubblici

incanti o con la licitazione privata, attribuendo alla stipula del contratto la mera funzione di documentare l'avvenuto incontro delle volontà, già raggiunto con l'aggiudicazione.

Con il nuovo Codice dei contratti pubblici la corrispondenza fra aggiudicazione e stipula del negozio è venuta definitivamente meno, determinando uno slittamento della fase di conclusione del contratto. Si è, così, passati dalla c.d. serie negoziale, cioè dall'insieme di atti che sono alla base della formazione del vincolo negoziale, alla serie c.d. procedimentale di formazione della volontà della pubblica amministrazione.

Il d.lgs. n. 163/06, all'art. 11, comma 7, stabilisce espressamente che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta¹⁹. L'assenza di obblighi negoziali, tuttavia, non implica che l'ordinamento abbia in tal modo attribuito all'amministrazione la facoltà di interrompere arbitrariamente le negoziazioni attivate e giunte ormai nelle fasi terminali vista l'avvenuta aggiudicazione, anche perché porre nel nulla le trattative, in assenza di idonee ragioni giustificative, costituisce pur sempre un comportamento illecito e foriero di responsabilità.

La pubblica amministrazione è sottoposta, così come i privati, ai principi del codice civile informanti l'attività negoziale, ivi incluso l'obbligo, sancito dall'art. 1337 c.c., di comportarsi secondo buona fede nelle trattative propedeutiche alla conclusione di un contratto, senza che si delineino zone franche per i titolari di potestà pubblicistiche.

In capo alla stazione appaltante potrà profilarsi una responsabilità precontrattuale²⁰, non solo quando sia rimasta colpevolmente inerte, ma,

¹⁹ R. DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Milano, 2007, pag.162; Corte di Cassazione, SS.UU., 28 dicembre 2007, n. 27619, in *Ed. e Terr.*, 3, 2008, pagg. 81 ss..

²⁰ Cfr. M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Scritti in onore di A.C. Jemolo*, III, Milano, Giuffrè, 1963 pagg. 270 ss.; R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1955, pag. 144; G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000.

in alcuni casi, anche laddove la mancata stipula del contratto sia dipesa dall'adozione di un provvedimento di riesame, la cui legittimità sotto il profilo amministrativo non esclude, di per sé, l'illiceità della condotta complessivamente tenuta dall'amministrazione alla stregua delle categorie di matrice civilistica.

L'aggiudicazione, quindi, pur non determinando il sorgere di obbligazioni contrattuali in capo alla stazione appaltante, ormai inscindibilmente legate alla formale stipula del contratto, non può dirsi scevra di qualsivoglia rilevanza giuridica quantomeno in termini di legittimo affidamento del concorrente aggiudicatario che, ove rimanga insoddisfatto, potrà ricorrere alle ordinarie azioni a tutela delle proprie ragionevoli aspettative sulla conclusione del contratto; quest'ultima rappresenta, comunque, un adempimento obbligatorio per la stazione appaltante, ultimo della serie che caratterizza la fase dell'evidenza pubblica.

L'art. 11 del d.lgs. n. 163/06 stabilisce che la stazione appaltante debba procedere alla conclusione del contratto non prima di trenta giorni della comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione ed entro sessanta giorni, o nel diverso termine previsto nel bando o nella lettera d'invito, dall'acquisto di efficacia dell'aggiudicazione definitiva, e precisa che l'inutile decorso del termine finale consente al privato unilateralmente di sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto mediante atto notificato alla stazione appaltante.

La norma pone la stazione appaltante in posizione di privilegio rispetto all'aggiudicatario, che, a prescindere da ogni considerazione sull'imputabilità del ritardo, viene esentata *ope legis* dall'indennizzare l'aggiudicatario, dovendo al più corrispondere il rimborso delle spese contrattuali documentate, ingenerando una macroscopica disparità accentuata dal corrispondente, ma decisamente più rigoroso, regime di responsabilità previsto per il privato che è sottoposto all'escussione della cauzione provvisoria qualora, per una qualsiasi circostanza, non presti il

proprio consenso alla stipula del contratto.

In ogni caso, a prescindere dagli eventuali ritardi, la stazione appaltante è tenuta a stipulare il contratto (salvo, ovviamente, l'esercizio dei poteri di autotutela) secondo le forme stabilite dal comma 13 dell'art. 11 del d.lgs. n. 163/06; vale a dire, a seconda delle norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, mediante atto pubblico notarile, mediante forma pubblica amministrativa, ovvero mediante scrittura privata fermo restando, in ogni caso, l'onere dell'impiego della forma scritta, richiesta finanche nelle stesse definizioni contenute nell'art. 3, d.lgs. n. 163/06, dove si qualificano gli appalti pubblici come contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra una stazione appaltante e uno o più operatori economici.

L'inderogabilità della forma scritta viene affermata anche in rapporto alla rinnovazione del negozio che, ove consentita, non può mai operare tacitamente, pena la nullità del contratto rinnovato.

Anche per gli atti di transazione, oggi generalmente ammessi per espresso disposto dell'art. 239 del d.lgs. n. 163/06 per dirimere le controversie relative a diritti soggettivi nascenti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, viene espressamente richiesta la forma scritta a pena di decadenza.

La forma del contratto di appalto pubblico e degli atti "derivati" continua perciò a essere tassativamente predeterminata da una normativa di settore che ha sacrificato sull'altare della trasparenza dell'azione amministrativa il generale principio di libertà delle forme, comprimendo anche sotto questo aspetto l'autonomia dell'amministrazione cui risulta preclusa, pena la nullità delle relative pattuizioni, la possibilità di concludere contratti in forma verbale.

Per quanto riguarda la possibilità di utilizzare il *pactum de contrahendo*²¹, sebbene esso sia impiegato nella pratica commerciale

²¹ G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, Giuffrè, 1970; R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, Jovene, 1967; F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, Giappichelli, 2000, pag.

quasi esclusivamente in rapporto ai contratti di compravendita, questo strumento può essere utilizzato dai privati senza limitazioni di sorta, in rapporto a diversi tipi negoziali, ivi incluso il contratto di appalto, ogni qual volta venga reputato utile o opportuno far sorgere un vincolo giuridico pur in assenza di alcune delle condizioni indispensabili per concludere il contratto definitivo.

Il contratto preliminare è un mezzo essenziale in quei casi in cui non si può, da una parte, concludere il contratto definitivo senza il preventivo rilascio di autorizzazioni che chiedono tempo, e dall'altra non si vuole correre il rischio di gravi pregiudizi.

Vi possono essere fattispecie in cui la stessa esigenza di prevenzione venga avvertita dall'amministrazione che potrebbe, per ipotesi, essere interessata a ridurre i tempi necessari per la realizzazione dell'opera, individuando subito l'appaltatore mediante le ordinarie procedure e stipulando con questo un contratto preliminare ed assicurandosi così la possibilità di provvedere senza ulteriori indugi alla diretta stipula del contratto definitivo una volta integrate tutte le condizioni necessarie prima mancanti.

La mancanza di una disciplina specifica ha indotto la dottrina a interrogarsi sull'ammissibilità dell'impiego del *pactum de contrahendo* nel settore delle opere pubbliche.

L'assenza di una disposizione *ad hoc* non rappresenta, di per sé, un ostacolo; diversamente dall'attività pubblicistica, informata ai principi di legalità e tipicità e richiedente espresse disposizioni di legge attributive del potere, l'attività privatistica della p.a. può estendersi anche oltre quanto tipizzato dall'ordinamento.

L'amministrazione può anche concludere contratti atipici. L'orientamento negativo rispetto alla possibilità di esperire nei confronti dell'amministrazione l'azione di esecuzione in forma specifica prevista dall'art. 2932 c.c. è venuto meno grazie all'intervento della stessa Corte

di Cassazione²² sulla base della considerazione che quel divieto, funzionale al rispetto della divisione dei poteri, non potesse impedire al giudice di adottare una pronuncia costitutiva di un contratto rispetto al quale l'amministrazione non assume la veste di titolare di potestà pubblicistiche, bensì di operatore che, nell'ambito della sua capacità di diritto privato, si è obbligato a prestare il proprio consenso alla stipula di un successivo negozio senza che in quest'ultimo comportamento (dovuto) residuino spazi per l'esercizio di un qualsivoglia potere discrezionale riservato.

L'affermata esperibilità dell'azione *ex art.* 2932 c.c. non ha, però, spianato la strada all'utilizzo del contratto preliminare nel campo dei lavori pubblici dove si frappone un ulteriore ostacolo, non già processuale, ma sostanziale, legato all'obbligo imposto dalla normativa di settore di attivare, in via preliminare, complesse procedure di programmazione e progettazione delle opere che producono un'anticipazione dei contenuti dell'appalto, e dei relativi limiti di spesa, tale da rendere sostanzialmente inammissibile o, comunque, inutile l'impiego del preliminare.

L'aver imposto la preventiva determinazione di tutti gli elementi del contratto, nonché, la preordinazione di tutte le condizioni necessarie per l'effettiva esecuzione dello stesso attribuendo al responsabile del procedimento un correlativo obbligo di effettuare, prima dell'approvazione del progetto in ciascuno dei suoi livelli, le necessarie verifiche circa la rispondenza dei contenuti del documento alle effettive disponibilità finanziarie, e all'esistenza dei presupposti di ordine tecnico e amministrativo necessari per conseguire la piena disponibilità degli immobili, se non ha determinato l'insorgenza di un divieto all'utilizzo del preliminare, ne ha comunque di fatto impedito un proficuo utilizzo.

²² Cfr. Sent. Corte di Cassazione, SS.UU., 18 novembre 1992, n. 12309, in *Vita not.*, 1993, 802; Corte di Cassazione, SS.UU., 7 ottobre 1983, n.5838, in *Foro it.*, 1983, I, 2366; Id., 1 ottobre 2002, n. 14079, in *Dir. e giust.*, 2003, 10, 67 ss..

L'unica alternativa percorribile al fine di soddisfare le esigenze sopradescritte potrebbe essere rappresentata dal nuovo istituto di matrice comunitaria dall'accordo quadro, contemplato dall'art. 59 del d. lgs. n. 163/06, che permette di preselezionare l'appaltatore sulla base di uno schema di contratto soltanto parziale, la cui compiuta definizione viene rimessa al momento della conclusione dei singoli contratti applicativi.

Le effettive possibilità di avvalersi di tale strumento nell'ambito dei lavori pubblici, tuttavia, sono state fortemente ridimensionate dalla disciplina di settore che ne ha ristretto l'ambito di applicazione ai soli lavori di manutenzione, escludendone espressamente l'applicabilità per la progettazione e per gli altri servizi di natura intellettuale.

Ha, quindi, prevalso un indirizzo limitativo dell'autonomia negoziale dell'amministrazione che si vede preclusa la possibilità di anticipare l'individuazione dell'esecutore di lavori pubblici mediante l'impiego del contratto preliminare o di analoghi istituti.

Paragrafo V.

Contratti d'appalto di lavori, servizi e forniture; differenze

Il contratto d'appalto di opere pubbliche è regolato da una disciplina speciale particolarmente dettagliata che ne abbraccia tutti gli aspetti: da quelli esecutivi, sino alla fase del collaudo.

La disciplina dell'appalto di opere, in ragione della sua maggiore specificità, nonché per la sua portata derogatoria rispetto alla disciplina privatistica, si differenzia dalla disciplina dei contratti d'appalto di servizi e forniture.

La diversità è dovuta al diverso oggetto, basti pensare che l'opera pubblica produce una trasformazione stabile nel tempo, viene realizzata per l'esercizio di un servizio pubblico, in favore della collettività che

nella maggior parte dei casi ne usufruisce direttamente (es. strade, ospedali, aeroporti) ed è destinata a durare nel tempo e, pertanto, per la particolare connotazione pubblicistica, sono state previste peculiari forme di garanzia anche dopo l'ultimazione dell'opera.

Le prestazioni dei contratti d'appalto di servizi e forniture sono limitate nel tempo, generalmente, non necessitano di un particolare sistema di garanzie successivamente al completamento del servizio ed hanno per oggetto un'attività svolta direttamente in favore del committente e solo indirettamente in favore della collettività²³.

L'attività che caratterizza l'appalto di opere pubbliche è quella che rappresenta nel migliore dei modi tutte le peculiarità di cui è portatrice la p.a. nel momento in cui si accinge a stipulare contratti, con una profonda natura derogatoria rispetto ai contratti di diritto comune.

Il contratto di opere pubbliche è stato oggetto della prima disciplina speciale, destinata a regolarne tutti gli aspetti, rappresentata dalla legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, denominata "legge sui lavori pubblici" e dal r.d. 25 maggio 1895, n. 350, in ragione della riconosciuta importanza rispetto alle altre figure contrattuali.

Il contratto d'appalto di servizi e di forniture, con il quale l'appaltatore si obbliga a fornire un determinato servizio o determinati beni in favore della

²³ In tale ottica i servizi resi direttamente alla collettività sono servizi pubblici (i servizi pubblici essenziali di trasporto, o la raccolta e smaltimento dei rifiuti, ecc.) e non sono ricompresi nelle norme, comunitarie ed interne, relative all'appalto pubblico di servizi, disciplinanti invece le prestazioni effettuate in favore degli enti committenti; tuttavia, occorre registrare una disomogeneità nella stessa nozione di appalto pubblico di servizi tra la normativa nazionale e quella comunitaria. Sulla nomenclatura dei servizi contenuta nella direttiva 18 giugno 1992, n. 92/50/CEE e nel decreto di recepimento: A. CANCRINI, P. PISELLI, *Le categorie di servizi di cui agli All. 1 e 2 del d.lgs. n. 157/1995*, in *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, a cura di F. Mastragostino, Padova, Cedam, 1998, pagg. 189 ss.; AA.VV., *I servizi pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo, diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2000; R. VILLATA, *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, in *Dir. amm.*, 3, 2003, pag. 493. Un'interessante analisi in ordine alla nozione stessa di servizio pubblico e alle modifiche del regime di erogazione dello stesso si trova in G. NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, intervento al Convegno *Dieci anni di riforme amministrative*, tenutosi a Roma il 27 maggio 2004, in *Giorn. dir. amm.*, numero speciale, 2004, pagg. 33 ss.

pubblica amministrazione, è disciplinato da norme speciali (di contabilità pubblica o di derivazione comunitaria, o norme *ad hoc* per le forniture ed i servizi) che regolano la formazione della volontà dell'amministrazione e le modalità di scelta del contraente. Tuttavia si tratta di norme che regolamentano l'appalto solo fino al momento dell'aggiudicazione definitiva.

E' pur vero che il r.d. n. 827/24, riferito a tutti i contratti dai quali derivi un'entrata o una spesa, contiene un'apposita sezione relativa alla fase esecutiva (Sezione III del Capo IV), ma essa è assai scarna rispetto al corpo di leggi e regolamenti successivi che hanno riguardato i soli contratti d'appalto di opere pubbliche.

Anche a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti i contratti di servizi e forniture non hanno ricevuto una disciplina unitaria; essi sono sostanzialmente regolati dalle stesse norme che disciplinano i contratti di lavori pubblici, dalle direttive comunitarie, dalle disposizioni di recepimento delle stesse per gli appalti sopra la soglia comunitaria ed, in parte, da norme nazionali di settore.

Come già accennato, l'opera pubblica produce una trasformazione stabile nel tempo ed è destinata a svolgere una pubblica funzione o ad essere comunque strumentale all'esercizio di un pubblico servizio; è realizzata in favore della collettività che, nella maggior parte dei casi, ne fruisce direttamente (si pensi a strade, ospedali, aeroporti, stazioni ferroviarie, uffici pubblici) ed implica tempi lunghi di esecuzione e notevoli impegni finanziari.

Nell'appalto di opera pubblica, sono maggiori i rischi di insuccesso dell'intera operazione, che possono essere evitati con una maggiore ingerenza della p.a. nella fase esecutiva.

Negli appalti di servizi e forniture si rinviene poco di tutto quanto è previsto per gli appalti di lavori: innanzitutto, può non esservi la soddisfazione in via diretta di un interesse pubblico

determinato; al contratto viene data esecuzione in tempi ridotti rispetto a quelli ordinariamente occorrenti per l'esecuzione di un'opera, con minimo rischio di contenzioso.

Pertanto nel regolamento contrattuale di un appalto di forniture o servizi si trovano molteplici richiami alla disciplina del codice civile e sono poche le clausole del tutto peculiari alla natura pubblicistica del contratto stesso.

Le norme del codice civile relative al contratto d'appalto (Capo VII c.c.) sono per la maggior parte riferite al contratto che ha ad oggetto la realizzazione di un'opera. A parte la nozione di appalto contenuta nell'art. 1655 c.c. comprensiva sia dell'appalto di opere che di servizi, le norme successive si riferiscono, per lo più, all'appalto d'opera risultando invero incompatibile la loro applicazione integrale alle altre ipotesi; si pensi alle norme sulle variazioni concordate del progetto (art. 1659 c.c.); all'avviso al committente dei difetti della materia (art. 1663 c.c.); alle difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili (art. 1664, comma 2, c.c.); alla rovina e difetti di cose immobili (art. 1669 c.c.). Ciò è dovuto anche alla circostanza che i contratti di appalto di servizi sono figure assai duttili ed eterogenee, che possono essere notevolmente diverse tra loro e che soprattutto possono racchiudere elementi di fattispecie contrattuali diverse, come la compravendita o la somministrazione. Senza considerare, poi, che il legislatore, nella materia dei servizi, ha preferito talvolta creare norme *ad hoc* secondo la peculiarità della prestazione resa, piuttosto che dar vita ad una disciplina unitaria. Quanto alle forniture, è lo stesso codice civile a relegarle al diverso ambito dei contratti di somministrazione e di vendita, ritenendole così fattispecie estranee all'appalto.

Paragrafo VI.

Il contenuto del contratto di appalto di opere pubbliche

Il contenuto del contratto è una delle peculiari caratteristiche dell'appalto di opere pubbliche il quale, invece di essere liberamente determinato dalle parti (stazione appaltante o contraente) o risultare sottoposto alle sole disposizioni del codice civile in materia di appalti, è disciplinato, per la quasi totalità del suo contenuto, dalla normativa pubblicistica di settore, cioè da atti che hanno natura vincolante per le parti a prescindere dal loro consenso²⁴.

In particolare, determinano il contenuto dell'appalto pubblico il regolamento di esecuzione delle opere pubbliche e il capitolato generale. Si tratta di disposizioni aventi natura regolamentare ed in quanto tali direttamente applicabili ai contratti di appalto di opere pubbliche, anche a prescindere dall'esplicito rinvio che le parti abbiano fatto nel testo dell'accordo che danno vita ad una sorta di contenuto contrattuale predeterminato e obbligatorio, che lascia poco spazio alla autonomia delle parti, vincolate al rispetto di quanto stabilito in via generale ed astratta da norme di natura regolamentare.

L'art. 43 del nuovo regolamento di esecuzione del d.lgs. n. 163/06 stabilisce il contenuto minimo dello schema di contratto predisposto dalle stazioni appaltanti "per quanto non disciplinato dal presente regolamento e dal capitolato generale d'appalto". Le stazioni appaltanti possono, quindi, disciplinare esclusivamente gli aspetti residuali.

Il legislatore ha ritenuto di sovrapporre le proprie disposizioni a quelle eventualmente difformi stabilite dalle parti.

Le disposizioni del codice civile ed i principi da queste desumibili hanno valore suppletivo, applicandosi in assenza di norme speciali, che nella gerarchia delle fonti assumono una posizione di preminenza.

²⁴ A. M. SANDULLI, *Le norme tecniche per l'edilizia*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 1974, II, 189 ss.; F. GARRI, N. ASSINI, *Norme tecniche per l'edilizia*, Milano, Giuffrè, 2001.

Il regolamento di esecuzione delle opere pubbliche n. 554/99²⁵ è stato adottato in attuazione dell'art. 3, comma 1, della legge n. 109/94. Per la materia dei lavori pubblici, con riferimento all'ambito della programmazione, progettazione, direzione lavori, attività di collaudo e di supporto, alle procedure di affidamento e agli incarichi di progettazione, alle forme di pubblicità degli atti procedurali e ai rapporti funzionali tra i soggetti che concorrono alla realizzazione dei lavori il regolamento ha forza di delegificazione, in virtù del richiamo dell'art. 3 al comma 2 dell'art. 17, legge 23 agosto 1988, n. 400.

Nell'ambito, invece, delle diverse materie dettagliatamente elencate al comma 6 dell'art. 3, legge n. 109/94 il regolamento definisce, con funzione attuativa, le norme di natura esecutiva, riguardanti il rapporto contrattuale.

Il regolamento, adottato con d.P.R. n. 554/99 (entrato in vigore dopo tre mesi dalla pubblicazione), è automaticamente applicabile a quei soggetti tenuti al rispetto delle norme della legge n. 109/94, secondo l'art. 2, comma 2.

Proprio la parte del regolamento dedicata alla disciplina del contratto è stata ritenuta, in un primo tempo, eccedente la delega legislativa conferita dall'art. 3, comma 1, della legge n. 109/94²⁶. Tuttavia, il fatto che il regolamento fosse indicato dalla legge n. 109/94 come "elemento costituente l'ordinamento generale della materia" e che la legge stessa stabilisse la necessità di emanare un nuovo capitolato generale (necessità che non vi sarebbe affatto stata se la disciplina del contratto fosse quella previgente) hanno indotto a concludere che il legislatore avesse conferito al Governo una delega di natura generale, estesa ad ogni aspetto del settore dei lavori pubblici, volta a delegificare

²⁵ AA.VV., *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di L. Carbone, F. Caringella e G. De Marzo, Milano, Giuffrè, 2000; M. MIGUIDI, *Appalti di lavori pubblici dopo il regolamento generale*, 2000, Milano, Giuffrè, 47 ss.;

²⁶ V. LAVAGNA, *La delegificazione: possibilità, forme e contenuti*, in *Scritti per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, IV, Firenze, 1969, 326; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, IV ed., 1993, 152 ss..

e dettare norme attuative e integrative, oltretutto a semplificare e snellire il sistema delle fonti, ottenendo maggiore chiarezza e certezza delle norme applicabili.

A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 163/06 è stato adottato il nuovo regolamento contenente, come accennato, la disciplina attuativa ed esecutiva per contratti di lavori, servizi e forniture di amministrazioni ed enti statali e, limitatamente a taluni aspetti che costituiscono principi vincolanti, anche per i contratti delle regioni e di ogni altra amministrazione o soggetto equiparato.

Al nuovo regolamento viene demandata la disciplina di diversi istituti relativi alla fase esecutiva del contratto.

Oltre alle materie menzionate in precedenza, che hanno già trovato una propria analitica regolamentazione nel d.P.R. n. 554/1999 (fatta salva la disciplina delle procedure accelerate per la deliberazione, prima del collaudo, sulle riserve dell'appaltatore, oggi direttamente contenuta a livello primario), vengono affidate al nuovo regolamento di esecuzione anche ulteriori campi di intervento come la disciplina dell'intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza retributiva e contributiva dell'appaltatore (lett. *r*) o la tutela dei diritti dei lavoratori (lett. *s-bis*).

Tra le materie che il codice dei contratti demanda al nuovo regolamento vi è anche il sistema di garanzia globale di esecuzione, destinato a operare per i contratti pubblici aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a settantacinque milioni di euro.

Già la legge n. 109/94 aveva previsto l'adozione del capitolato generale d'appalto²⁷, ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge n. 400/88, emanato con decreto del Ministro dei lavori pubblici del 19

²⁷ Una ricostruzione di tutte le posizioni dottrinali e giurisprudenziali si può leggere nella pubblicazione della Ragioneria Generale dello Stato, *I capitolati d'onere*, Roma, 1962; sul nuovo capitolato generale si veda: M. GRECO, *Il nuovo capitolato generale dei lavori pubblici* (d.m. 19 aprile 2000, n. 145), in *Riv. giur. edilizia*, 5, 2000, 393 ss..

aprile 2000 n. 145, il quale detta le clausole fondamentali comuni ai contratti d'appalto di lavori pubblici. Si tratta di un atto normativo, di natura inderogabile, al cui rispetto le parti sono vincolate a prescindere da ogni loro consenso; trova applicazione alle amministrazioni dello Stato, anche a ordinamento autonomo, agli enti pubblici, compresi quelli economici, agli enti e alle amministrazioni locali, alle loro associazioni e consorzi, nonché agli altri organismi di diritto pubblico.

Anche il capitolato oggi vigente è destinato a essere sostituito dal nuovo, da emanarsi (art. 5, comma 8, d.lgs. n. 163/06) dal Ministro per le infrastrutture nel rispetto delle disposizioni del decreto stesso nonché del suo regolamento di esecuzione e che, a differenza del precedente, si applicherà obbligatoriamente agli appalti di lavori delle amministrazioni aggiudicatrici statali, mentre potrà essere meramente richiamato nei bandi o negli avvisi delle stazioni appaltanti diverse dalle prime, nel qual caso la sua natura sarà evidentemente contrattuale e non normativa.

Proprio secondo l'art. 5, comma 8, nonché secondo l'art. 110 del d.P.R. n. 554/99 (ora art. 137 del nuovo regolamento di esecuzione del d.lgs. n. 163/06) il capitolato generale costituisce parte integrante del contratto, se menzionato nel bando o nell'invito (ai sensi dell'art. 137) e deve essere in esso richiamato, sostituendosi di diritto alle eventuali clausole difformi del contratto o del capitolato speciale, ove non diversamente disposto dalla legge o dal regolamento, secondo il meccanismo dell'inserzione automatica di clausole di cui all'art. 1339 c.c.. L'art. 138 del nuovo regolamento di esecuzione del d.lgs. n. 163/06 dispone che il capitolato generale e i contratti disciplinino, fra l'altro: *a)* il termine entro il quale devono essere ultimati i lavori oggetto dell'appalto e i presupposti in presenza dei quali il responsabile del procedimento concede proroghe; *b)* le responsabilità e gli obblighi dell'appaltatore per i difetti di costruzione; *c)* le modalità di riscossione dei corrispettivi dell'appalto.

Da quanto esposto si ricava che il contenuto della prestazione dedotta in contratto, nei suoi elementi essenziali, viene per lo più determinato da fonti eteronome e residuo all'autonomia dei contraenti (pubblici e privati) spazi davvero esigui.

Paragrafo VII.

La disciplina economica del contratto

La disciplina economica del contratto è un significativo esempio di normativa eteronoma, inderogabile e di carattere generale, destinata a sostituirsi alla volontà delle parti, che tocca ogni aspetto essenziale del rapporto negoziale e trova fonte nella legge, nel regolamento e nel capitolato generale. Le principali e più importanti disposizioni riguardanti gli aspetti economici del contratto sono contenute nel d.lgs. n. 163/06, nonché nel regolamento di esecuzione e nel capitolato generale.

La cessione dei crediti, espressamente vietata dall'art. 339 della legge n. 2248/1865, all. F, a meno che non intervenisse l'autorizzazione della stazione appaltante, oggi è disciplinata dall'art. 117 del d. lgs. n. 163/06. Quest'ultimo consente agli appaltatori di utilizzarla nell'ambito delle operazioni di *factoring* previste dalla legge 21 febbraio 1991, n. 52 e al verificarsi di determinati presupposti. La disciplina è, quindi, più rigorosa rispetto a quella privatistica, secondo cui (art. 1260 c.c.) il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito, anche senza il consenso del debitore ceduto, purché il credito non abbia carattere strettamente personale e il trasferimento non sia espressamente vietato dalla legge²⁸.

L'art. 133 del d.lgs. n. 163/06 si occupa poi della disciplina della

²⁸ A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2003, pag 996.

liquidazione degli interessi in caso di ritardo nei pagamenti stabilendo che, in caso di ritardo nell'emissione dei certificati di pagamento relativi agli acconti o alla rata di saldo rispetto ai termini indicati nel contratto, all'appaltatore spettano gli interessi legali e moratori. Dispone, inoltre, che l'appaltatore ha la facoltà, trascorsi inutilmente i termini o nel caso in cui l'ammontare delle rate di acconto raggiunga un quarto dell'importo contrattuale, di agire ai sensi dell'art. 1460 c.c. o, previa costituzione in mora, di promuovere giudizio arbitrale per la risoluzione del contratto. Il diritto a percepire gli interessi nella misura indicata dalla legge sorge per il solo fatto del ritardo nel pagamento da parte dell'amministrazione, a prescindere da ogni imputabilità di questo e senza alcuna necessità di una previa intimazione o diffida, in deroga all'art. 1219 c.c.²⁹.

La disposizione tutela, da una parte, la parte pubblica da conseguenze più gravose che i ritardi potrebbero generare in un comune regime civilistico, riconoscendole le peculiarità proprie della sua organizzazione e dei complessi procedimenti attraverso i quali realizza la propria attività, dall'altra il contraente privato in ordine ai tempi e alle modalità di pagamento da parte della p.a..

Il comma 2 dell'art. 117 d.lgs. n. 163/06 conferma la definitiva abrogazione della revisione dei prezzi, escludendo l'applicabilità dell'art. 1664, comma 1, c.c. e richiamando, al successivo comma 3, l'istituto del prezzo chiuso, strumento di adeguamento del corrispettivo costituito da una sorta di indicizzazione del prezzo di aggiudicazione.

Il regolamento n. 554/99 dedica poi un intero titolo alla tenuta della contabilità dei lavori, dettando disposizioni che vengono riprese anche nel nuovo regolamento, destinate al monitoraggio e alla registrazione dei lavori, affinché ogni operazione incidente sul costo dell'opera possa risultare da apposito documento contabile.

²⁹ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. I, 19 marzo 1991, n. 2933, in *Arch. Giur. oo. pp.*, 1991, 806.

Il sistema è improntato ad una particolare rigidità formale, nel senso che le forme di tenuta della contabilità devono ritenersi obbligatorie e le amministrazioni possono discostarsi dal modello prestabilito solo nel caso di lavori in economia.

Particolare importanza rivestono anche le disposizioni in tema di iscrizione delle riserve nel registro della contabilità, esemplificative della rigidità formale alla quale è improntata tutta la normazione in materia di contabilità e della circostanza che, mentre l'appaltatore è rigidamente vincolato al rispetto delle procedure descritte per poter avanzare le proprie pretese ed ottenere eventualmente indennizzi o maggiori compensi, ciò non è previsto per le pretese dell'amministrazione nei confronti dell'appaltatore che non risultano legate a procedure particolari.

Tutte le norme relative alla disciplina economica del contratto rispondono, dunque, all'esigenza di bilanciare contrapposti interessi e dare adeguata tutela alle aspettative del privato anche in ordine alla certezza nei tempi e nelle modalità di pagamento ed alle necessità della parte pubblica, rappresentate dal costante controllo sulla spesa, attuato attraverso la verifica continua circa la corrispondenza tra liquidazione dei corrispettivi, pattuizioni assunte in contratto e rapida individuazione delle ragioni di eventuali discordanze o maggiori pretese dell'appaltatore.

Tali disposizioni costituiscono un'evidente manifestazione della funzione del contratto d'appalto e non sono disponibili nemmeno da parte dell'amministrazione contraente che, se pure posta in una posizione di sostanziale parità con l'appaltatore per quanto concerne la fase esecutiva, secondo i più autorevoli orientamenti, è pur sempre vincolata dalla persistente funzionalizzazione della propria attività.

Paragrafo VIII.

Possibilità di modificare e rinegoziare la proposta e le clausole contrattuali

Il termine “rinegoziazione” viene utilizzato sia in relazione all’ammissibilità di variazioni dell’offerta dell’aggiudicatario che, anche su richiesta dell’amministrazione, intervengano dopo la chiusura della procedura di gara, ma prima della stipula del contratto; sia in relazione alla possibilità di rivedere il regolamento pattizio nel corso della esecuzione dell’appalto, in rapporto a eventi sopravvenuti incidenti sull’equilibrio sinallagmatico³⁰.

La rinegoziazione in entrambe le accezioni si ricollega alla necessità da parte delle amministrazioni di selezionare, attraverso le procedure ad evidenza pubblica, la migliore offerta.

Tale finalità ha determinato la creazione del principio generale della immutabilità delle condizioni contrattuali fissate nella proposta aggiudicataria secondo le condizioni individuate negli atti di gara; intangibilità che, se, da un lato, consente di garantire il rispetto della *par condicio competitorum* e di soddisfare le esigenze di economicità e buon andamento (palesamente frustrate qualora si consentissero varianti implicanti un aumento del prezzo offerto o un peggioramento della qualità della prestazioni), dall’altro, determina l’emersione di un ulteriore limite all’autonomia negoziale dell’amministrazione.

Risultano, infatti, precluse alle stazioni appaltanti facoltà pacificamente spettanti ai privati che possono proseguire nelle trattative fino alla conclusione del contratto, conservando in ogni caso la facoltà di modificare, ovviamente consensualmente, gli elementi del rapporto

³⁰ G. PALLIGGIANO, *La rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Giust. amm.*, 2006, pag. 846; V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2006, pag. 1911; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e imprese*, 2002, pag. 775.

anche una volta sorto il *vinculum iuris*³¹.

Nell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, invece, il principio della immutabilità delle condizioni contrattuali è stato ulteriormente accentuato dalla rigorosa applicazione data dalla giurisprudenza al divieto di c.d. "rinegoziazione", con risultati non sempre positivi in termini di efficienza dell'attività amministrativa e di tutela degli interessi della collettività.

Applicando formalmente il principio sopra enunciato si è esclusa l'esperibilità di trattative successive all'aggiudicazione considerate distorsive dei principi di evidenza pubblica, anche se implicanti un vantaggio per l'amministrazione riconoscendosene l'ammissibilità, peraltro neppure univocamente, solo laddove la scelta del contraente si sia svolta *ab origine* al di fuori di procedure formali.

Il divieto della rinegoziazione è stato recentemente ribadito anche rispetto a fattispecie in cui la modifica dell'offerta dell'aggiudicatario rappresentava l'unica via per porre riparo ad errori in cui era incorsa la stazione appaltante in fase di definizione dell'oggetto dell'affidamento o nell'elaborazione della progettazione della opera.

Il Consiglio di Stato³² ha in proposito elaborato una differenziazione nel trattamento giuridico del contratto a seconda che lo stesso sia stato stipulato sulla scorta di un'inammissibile rinegoziazione oppure risulti concluso a valle di procedure di gara annullate per la presenza di uno dei consueti vizi che colpiscono gli atti dell'evidenza pubblica, affermando che, nel primo caso, diversamente dal secondo, il relativo regime di invalidità debba necessariamente essere quello della nullità.

Almeno con riguardo agli appalti di lavori pubblici si tende ad affermare che le sole ipotesi in cui si potrebbe ammettere un mutamento del contenuto delle prestazioni dedotte in contratto sarebbero, da un lato, quelle tassativamente elencate dall'art. 132 del

³¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, IV, Milano, Giuffrè, 1993, pag. 443.

³² Si veda: Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 503/02.

d.lgs. 163/06 (che riprende il testo della previgente disciplina sulle varianti in corso d'opera di cui all'art. 25, legge n. 109/94) e, dall'altro, sul piano del corrispettivo pattuito, quelle indicate dall'art. 133 del d.lgs. n. 163/06, legittimanti, entro stringenti limiti e sempre in via eccezionale (in deroga al principio di immutabilità del prezzo ribadito nello stesso comma 3 dell'art. 133 del d.lgs. n. 163/06), la revisione dei prezzi previsti per i materiali da costruzione³³.

Al di fuori delle specifiche fattispecie sopra menzionate sembrerebbe dover trovare applicazione il principio d'immutabilità delle condizioni contrattuali cristallizzatesi all'esito della gara; e ciò anche quando la sopravvenienza in corso di esecuzione del rapporto di nuove circostanze di fatto, non predeterminate nella disciplina di settore, alteri il precedente equilibrio tra prestazione e controprestazione.

Qualche apertura a forme di rinegoziazione si rinviene in due recenti pronunce del Consiglio di Stato in cui (in rapporto ad appalti di servizi e forniture) si avalla la scelta di alcune stazioni appaltanti di prevedere nella *lex specialis* clausole di rinegoziazione³⁴ che fissino cioè preventivamente le circostanze al ricorrere delle quali si può provvedere ad una modifica di elementi anche essenziali del rapporto, ivi incluso il prezzo; oltretutto per quest'ultimo si considera legittimo prevedere non solo la possibilità di riduzione, ma anche di incremento.

Nella richiamata giurisprudenza il potere di fissare clausole di rinegoziazione viene correttamente legato alla predefinizione di queste in sede di gara, circostanza che sarebbe di per sé idonea a scongiurare qualsivoglia pericolo di alterazione della *par condicio* dei contendenti, finendo, quindi, per attribuire un ampio potere all'amministrazione che, per come ricostruito, sembra poter trovare applicazione non solo nell'ambito del tipo di affidamenti in cui la giurisprudenza lo ha elaborato (forniture e servizi), ma anche rispetto ai lavori pubblici.

³³ A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., pag. 814.

³⁴ V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit..

Anche in tale ipotesi la preventiva conoscenza delle circostanze legittimanti la rivisitazione del regolamento contrattuale assicura a tutti i contendenti una posizione di parità che scongiura *in nuce* quei pericoli che il generale divieto di rinegoziazione tende a evitare.

D'altro canto, anche sul piano della corretta formazione della volontà negoziale del concorrente privato si deve notare come la predeterminazione, in sede di *lex specialis*, delle clausole permetta a quest'ultimo di formulare la propria offerta consapevolmente, ponderando tutti i rischi e/o vantaggi connessi all'avverarsi della condizione di rinegoziazione.

Il divieto di modifiche al contratto, in ogni caso, non può più essere riguardato sotto il profilo esclusivo della possibile alterazione delle condizioni di gara, quanto piuttosto sotto quello della preventiva determinazione della spesa, in ossequio alla più volte richiamata esigenza di programmazione e di rispetto dei principi di contabilità pubblica.

Non è un caso se negli ultimi tempi una tendenza della giurisprudenza a trattare uniformemente e con il medesimo rigore le ipotesi di rinegoziazione impropria e propria ha portato a sanzionare con la nullità un accordo transattivo intervenuto successivamente alla conclusione del negozio tra amministrazione e privato in quanto reputato comunque modificativo delle originarie condizioni di aggiudicazione.

La descritta limitazione delle facoltà negoziali dell'amministrazione deve essere superata almeno quando l'insorgenza di sopravvenienze (nel corso dell'esecuzione del rapporto) alteri l'equilibrio delle prestazioni; e ciò anche al di fuori degli angusti limiti delineati dall'art. 132 del d.lgs. n. 163/06 in materia di *jus variandi* della stazione appaltante.

A tanto si giunge attraverso un rapido raffronto con la disciplina delle concessioni di lavori pubblici che, a tutela dell'equilibrio economico finanziario del rapporto, prevede un meccanismo generale che, al

ricorrere di variazioni in corso di esecuzione dei presupposti e delle condizioni incidenti negativamente sugli investimenti e sulla connessa gestione affidata al concessionario, legittima la revisione del piano stesso, autorizzando in difetto il concessionario a recedere unilateralmente dal contratto.

Si tratta di un sistema connotato da un'estrema flessibilità e di portata così generale da indurre una parte della giurisprudenza a ritenere sussistente un vero e proprio "principio di conservazione dell'equilibrio economico finanziario della concessione" che avvicina il regime delle concessioni di lavori pubblici a quello previsto dal codice civile per i contratti sinallagmatici a esecuzione continuata o periodica (di cui all'art. 1467 c.c.).

Il verificarsi di una sopravvenienza non contemplata tra le ipotesi legittimanti l'esercizio dello *jus variandi* e l'istituto della revisione prezzi, può legittimare, in forza dell'art. 1467 c.c. (sempre, ovviamente, che ne ricorrano le stringenti condizioni), la stazione appaltante e l'appaltatore a procedere a una rinegoziazione delle condizioni originarie del contratto mediante trattative destinate a svolgersi *inter pares* e al di fuori dell'evidenza pubblica, quindi attraverso negoziati informali esulanti da un qualsivoglia confronto comparativo concorrenziale.

Può dirsi in conclusione che residuano limitatissimi margini di autonomia per la stazione appaltante, ogni qualvolta voglia procedersi con il rinegoziarsi il contratto già concluso, ovvero negoziarne uno diverso da quello posto a base di gara, e la funzione di questi limiti è da ricercarsi nei principi stessi dell'evidenza pubblica oltre che nelle norme di contabilità.

Paragrafo IX.

Modificazioni soggettive del contraente e limiti all'autonomia negoziale

Gli artt. 1674 c.c. e 81 l.f. in relazione all'appalto privato prevedono la possibilità che l'appaltatore sia sostituito da altri. Tanto si ricava indirettamente, dagli artt. 1406 c.c. relativo alla cessione del contratto, e 2558 c.c. riguardante la successione nei rapporti aziendali.

Secondo l'art. 1674 c.c. il contratto d'appalto non si scioglie per la morte dell'appaltatore e l'obbligazione si trasferisce in capo agli eredi, salvo che la considerazione della sua persona sia stata motivo determinante del contratto; l'appalto, infatti, non è un contratto di natura fiduciaria e occorre accertare di volta in volta se esso sia stato concluso o (non) *intuitu personae*, partendo dal presupposto che l'impresa, intesa come organizzazione aziendale per l'esecuzione di determinate prestazioni, perduri oltre la vita del titolare originario.

Ai sensi del comma 2, il committente può, comunque, recedere dal contratto, se dimostra che gli eredi dell'appaltatore non danno affidamento per la buona esecuzione dell'opera o del servizio.

In caso di fallimento di una delle parti l'art. 81 della legge fallimentare (nel testo successivo al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5), prevede lo scioglimento del contratto d'appalto, a meno che il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, non dichiari di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all'altra parte e offrendo idonee garanzie. Nel caso di fallimento dell'appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione delle qualità soggettive dello stesso abbia costituito motivo determinante della conclusione del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto³⁵.

³⁵ U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, Utet, 1961, 1262; G. MUSOLINO, *L'incidenza del fallimento sul contratto d'appalto*, in *Riv. Trim. app.*, 2001, 449; Cfr. Corte di Cassazione, 9 luglio 1999, n. 7203, in *Dir. fall.* 2000, II,

Al contratto d'appalto privato può poi applicarsi la disposizione di cui all'art. 2558 c.c., in materia di successione *ex lege* nei rapporti aziendali: che dispone che, se non sia diversamente pattuito, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio della stessa che non abbiano carattere personale, considerando la successione nei contratti quale effetto naturale della cessione d'azienda, al fine di garantirne la sopravvivenza, evidenziando, quindi, il legislatore un *favor* verso il mantenimento dell'unità funzionale dell'azienda.

Il terzo contraente può solo recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, se sussiste una giusta causa (art. 2558, comma 2, c.c.), salve le responsabilità dell'alienante³⁶.

Infine, l'art. 1406 c.c. prevede che ciascuna parte possa sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto a prestazioni corrispettive, se queste non siano state ancora eseguite purché l'altra parte vi consenta. Ai sensi dell'art. 1408 c.c. dal momento in cui la cessione acquista efficacia, il cedente è liberato dalle proprie obbligazioni verso il contraente ceduto, a meno che quest'ultimo non abbia espressamente dichiarato di non volerlo liberare, nel qual caso può agire contro di lui qualora il cessionario non adempia le obbligazioni assunte. L'effetto della cessione è dunque quello di operare una successione a titolo particolare nella qualità di parte contraente e comporta una serie di importanti conseguenze in tema di garanzie e responsabilità: ecco perché il consenso dell'altra parte è elemento costitutivo del perfezionarsi della cessione, a differenza dell'ipotesi prevista dall'art. 2558 c.c..

Diversa è l'ipotesi del subappalto, pur ricompreso nell'ambito dei mutamenti soggettivi del contraente, poiché consiste nella possibilità che altri soggetti si sostituiscano all'appaltatore originario

726.

³⁶ Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, *Diritto dell'impresa*, Torino, Utet, III ed., 2000, pagg. 151-159; F. FERRARA, F. CORSI, *Imprenditori e società*, Milano, Giuffrè, XII ed., pagg. 156 ss..

nell'esecuzione di parte della prestazione pattuita.

Mentre la cessione comporta il trasferimento in capo a un altro soggetto di tutti gli elementi essenziali dell'appalto, attivi e passivi, il subappalto comporta la creazione di un rapporto derivato, ma distinto, tra l'originario appaltatore e il terzo subappaltatore, che sostanzialmente assume la veste di un collaboratore del primo.

L'art. 1656 c.c. vieta il subappalto salva l'autorizzazione del committente.

Non sono previste particolari cautele.

Nell'ambito delle opere pubbliche, invece, ogni modifica del soggetto esecutore, derivante da cessione del contratto, cessione d'azienda o altre ipotesi, rappresenta sia un *vulnus* ai principi dell'evidenza pubblica e alla rigidità delle relative procedure, sia una deroga ai principi pubblicistici di immodificabilità del soggetto contraente e necessità di esecuzione diretta della prestazione.

Il nodo centrale della sostituzione dell'appaltatore di opere pubbliche è che quest'ultimo, prima di risultare miglior offerente, è stato ammesso alla procedura concorsuale sulla base di specifici requisiti tecnici ed economici (verificati dal committente) ed ha comprovato il rispetto degli obblighi di legge previsti dalla disciplina di settore, specialmente in tema di requisiti morali e rispetto della normativa antimafia³⁷.

I principi di parità di trattamento, correttezza e più ampia apertura al mercato concorrenziale impongono, infatti, alle stazioni appaltanti uno specifico procedimento di formazione della propria volontà contrattuale all'interno del quale assumono un valore fondamentale tutte le norme di ammissione dei partecipanti alla procedura di gara, e non possono consentire, il linea di principio, il subentro di soggetti che non abbiano superato la fase di ammissione.

³⁷ G. SALA, *Il subappalto e le altre modificazioni soggettive nell'appalto*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, Milano, Cedam, II ed., 2004, pag. 742; G. VIRGA, *Le modificazioni soggettive nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1990, pagg. 13 ss..

In tema di divieti e vincoli imposti ai mutamenti soggettivi, la disciplina pubblicistica, in particolare a seguito dell'introduzione della normativa antimafia, è passata da disposizioni piuttosto rigide che impedivano senza eccezioni la cessione del contratto, a norme che, nell'ottica di non ostacolare talune fisiologiche modificazioni volte a consentire un miglioramento della produttività e delle capacità tecniche delle imprese, hanno disciplinato quelle modifiche che avvengono nell'ambito di più complesse trasformazioni societarie o comunque di cessioni aziendali, preoccupandosi tuttavia di consentire alle stazioni appaltanti tutte le verifiche necessarie ad accertare il possesso dei requisiti per eseguire l'opera, o la parte residua, in capo ai nuovi soggetti.

Fenomeni di cessione d'azienda o di trasformazioni societarie poste in essere per migliorare la competitività e ottenere sempre più importanti commesse pubbliche sono del tutto naturali e non rappresentano di per sé un pregiudizio per le stazioni appaltanti, qualora queste siano messe nelle condizioni di verificare ogni aspetto dei mutamenti intervenuti.

Originariamente, il divieto di cessione del contratto era stabilito dall'art. 339 della legge n. 2248/1865, all. F, che prevedeva comunque la possibilità di autorizzazione da parte dell'amministrazione; successivamente la norma è stata abrogata da disposizioni che hanno comportato anche modifiche alla normativa in tema di prevenzione mafiosa, disponendo l'incapibilità assoluta del contratto, a pena di nullità (art. 18, legge n.55/90), al preciso scopo di garantire massima trasparenza nell'aggiudicazione delle commesse pubbliche, ed evitare che attraverso la cessione del contratto fosse consentita l'elusione degli obiettivi criteri di selezione imposti dalla legge³⁸.

La legge n. 109/94, all'art. 35, per la prima volta introduce una sorta di

³⁸ G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 1994, pag. 506; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 1183; G. MUSOLINO, *L'incidenza del fallimento sul contratto d'appalto*, cit., 517.

“deroga” al principio generale di immodificabilità dell'appaltatore³⁹.

Attualmente l'art. 116 del d.lgs. n. 163/06, che ha ripreso testualmente l'art. 35 della legge n. 109/94, disciplina compiutamente le cessioni di azienda, gli atti di trasformazione, scissione e fusione delle imprese che eseguano appalti pubblici.

Tali vicende non hanno effetto nei confronti della stazione appaltante se i nuovi soggetti, risultanti dalle varie operazioni indicate, non abbiano proceduto alle comunicazioni previste dalla normativa antimafia e non abbiano documentato il possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal codice; la stazione appaltante può opporsi al subentro, con effetti risolutivi, solo qualora le comunicazioni effettuate evidenzino irregolarità in tema di normativa antimafia.

Qualora l'amministrazione non si opponga entro sessanta giorni decade da ogni ulteriore facoltà.

Controversa è la natura della opposizione: se rappresenti un provvedimento di natura amministrativa o atto di carattere privatistico. L'amministrazione non può esercitare alcuna facoltà di opposizione se il cessionario sia in regola con la legislazione vigente, dovendo esclusivamente valutare, nell'ambito dei propri poteri pubblicistici, il possesso dei requisiti: la valutazione è di carattere vincolato e non presenta profili che la possano ricondurre a un atto di esercizio di autonomia negoziale.

Sempre in tema di modificazioni soggettive delle imprese esecutrici di contratti d'appalto, occorre sottolineare il disfavore del legislatore anche con riferimento alle modifiche che possano intervenire all'interno dell'associazione temporanea di imprese o di un consorzio, nel senso della sostituzione di un'impresa componente del raggruppamento e già selezionata, con altre non previamente qualificate.

Il divieto di modificazione dell'ATI muove in linea di principio dalla

³⁹ A.V. SINISI, *Cessione di ramo d'azienda: natura ed effetti nell'appalto di opere pubbliche*, in *Urb. e app.*, 9, 1998, 939.

fase concorsuale per riverberarsi su quella contrattuale e dell'esecuzione.

La legge n. 415/98, con l'introduzione del comma 5 all'art. 13 (della legge n. 109/94), ora sostituito dall'art. 37, n. 8, del d.lgs. n. 163/06 ha, infatti, consentito di presentare offerta anche ad associazioni temporanee di imprese e consorzi di concorrenti non ancora costituiti: tuttavia, nell'ottica di evitare eventuali modificazioni dei componenti del raggruppamento tra la fase di qualificazione e quella di aggiudicazione, ha imposto alle singole partecipanti di sottoscrivere l'offerta, unitamente all'impegno, in caso di aggiudicazione, di conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno degli associandi, da indicare in sede di offerta, che stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti. Vige però il divieto tassativo di qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi rispetto all'impegno presentato in sede di offerta, proprio ad evitare il subentro di imprese che non abbiano superato la fase di ammissione alla procedura concorsuale, pena l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in associazione dalle procedure di affidamento relative al medesimo appalto.

Corollario della immodificabilità delle associazioni temporanee di imprese è la previsione che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo eseguano le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione assunta nel raggruppamento, ad evitare accordi collaterali tra gli imprenditori volti a consentire a taluni di essi di partecipare alla procedura solo in virtù del possesso di determinati requisiti, sottraendosi poi agli obblighi esecutivi e alle connesse responsabilità.

Tuttavia, in caso di fallimento, morte, interdizione, inabilitazione dell'imprenditore mandatario, la stazione appaltante (o anche nei diversi casi previsti dalla normativa antimafia) in alternativa rispetto

alla facoltà di recesso, può sostituirlo con altro operatore economico — non previamente selezionato — purché quest'ultimo possieda i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori ancora da eseguire, proseguendo così nel rapporto contrattuale già instauratosi con l'associazione.

Se gli stessi eventi colpiscono l'impresa mandante, ove il mandatario dell'associazione non indichi un soggetto subentrante che sia in possesso dei necessari requisiti di qualificazione, è obbligato all'esecuzione o direttamente o mediante altri mandanti, sempre che questi ultimi siano in possesso dei requisiti di idoneità.

Il principio che dunque muove tutta la disciplina pubblicistica in tema di modificazioni soggettive, è quello di verificare le qualità oggettive e l'organizzazione complessiva dell'impresa e non le qualità personali dell'imprenditore, poiché l'amministrazione contraente agisce sempre con criteri oggettivi e riproducibili, e non è autorizzata a compiere scelte personali e insindacabili.

In ordine al subappalto di opere pubbliche la prima normativa antimafia (legge 13 settembre 1982, n. 642) sanzionava dapprima con una pena pecuniaria e poi con una sanzione penale la concessione di opere senza l'autorizzazione dell'autorità competente; quest'ultima era subordinata all'accertamento della idoneità tecnica del subappaltatore e al possesso dei requisiti per l'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori.

Si è in seguito introdotta anche una limitazione quantitativa al subappalto, disponendosi l'impossibilità di subappaltare una percentuale superiore del 30% della categoria prevalente, nel tentativo di bilanciare due esigenze contrapposte, da un lato quella di reprimere possibili infiltrazioni mafiose nell'esecuzione di opere pubbliche, e dall'altro non comprimere eccessivamente la libertà di iniziativa economica privata e quella delle imprese di organizzare autonomamente la propria produzione, anche per conseguire prestazioni

qualitativamente più elevate.

La legge introduce inoltre, a pena di nullità, un limite inderogabile al margine di guadagno dell'appaltatore principale ricavato dalla differenza tra quanto percepisce dalla stazione appaltante e quanto corrisponde, per le medesime lavorazioni, al subappaltatore.

In ogni caso, il legislatore sottopone la possibilità di ricorrere al subappalto a una serie di adempimenti procedimentali volti a tutelare gli interessi pubblici a vario titolo coinvolti (art. 118 del d.lgs. n. 163/06, che ripropone quasi integralmente l'art. 34 della legge n. 109/94), che anche in questo caso rendono piuttosto rigido il procedimento che conduce all'autorizzazione da parte del committente.

In sede di offerta le imprese devono già indicare i lavori o le parti di opera che intendono subappaltare, in modo analitico e non generico, come da tempo la giurisprudenza ha avuto modo di precisare (art. 118, n. 1)⁴⁰; mentre la mancata o generica indicazione non comporta esclusione dalla gara, ma solo impossibilità di procedere al subappalto, se l'impresa è in possesso comunque dei requisiti di qualificazione per l'esecuzione delle opere, l'indicazione diviene invece vera e propria condizione di ammissibilità dell'offerta qualora l'impresa non possieda i requisiti per l'esecuzione diretta di tutte le lavorazioni di cui si compongono le opere.

Stipulato il contratto con l'aggiudicatario, questi deve provvedere al suo deposito presso la stazione appaltante, almeno venti giorni prima dell'inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni (art. 118, n. 2), la quale provvede al rilascio dell'autorizzazione entro trenta giorni dalla relativa richiesta (prorogabile una sola volta).

Trascorso il termine di trenta giorni senza che l'amministrazione abbia emesso un provvedimento, l'autorizzazione si intende rilasciata.

⁴⁰ M. SANINO, *Disciplina intertemporale del subappalto. L'individuazione della categoria prevalente. Requisiti del subappaltatore*, in *App. urb. edil.*, 1999, 453.

Qualora sussistano i presupposti indicati dalla legge, l'autorizzazione⁴¹ costituisce evidentemente atto dovuto e non di natura discrezionale, precludendo all'amministrazione ogni valutazione in ordine ai profili di opportunità del subappalto e idoneità (in senso generale) del subappaltatore concretamente proposto.

Paragrafo X.

Poteri di vigilanza e direzione lavori

Ai sensi dell'art. 1662 c.c. il committente privato ha il diritto di controllare lo svolgimento dei lavori dell'appaltatore e di verificarne a proprie spese lo stato. L'eventuale mancato controllo non determina alcun effetto pregiudizievole sul correlato diritto del committente alla buona esecuzione dell'opera.

Le amministrazioni aggiudicatrici, invece, sono tenute per legge ad istituire un ufficio di direzione lavori per la realizzazione delle opere affidate mediante appalto e ad esercitare attraverso lo stesso un'attività di controllo e di ingerenza.

Al direttore dei lavori vengono attribuiti una serie di compiti tra i quali: l'accettazione dei materiali immessi in cantiere, la verifica del rispetto degli obblighi dell'appaltatore nei confronti dei propri dipendenti, nonché la verifica di validità del programma di manutenzione. Il controllo sull'attività esecutiva dell'appaltatore non è tuttavia sempre una prerogativa di diretta spettanza della stazione appaltante.

Dalla lettura dell'art. 130 del d.lgs. n. 163/06 si desume che l'obbligo per l'amministrazione di istituire un ufficio di direzione lavori sia

⁴¹ I. MELIS, *Brevi note sulla discrezionalità della pubblica amministrazione appaltante in materia di autorizzazione al subappalto di opere pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 1988, 93; G. VIRGA, in AA.VV., *La riforma dei lavori pubblici*, a cura di A. Angeletti, Torino, Giappichelli, 2000, 2693.

limitato ai soli lavori affidati in appalto e non si estenda alle altre modalità di realizzazione delle opere pubbliche⁴².

Più nel dettaglio, nelle concessioni di costruzione e gestione le funzioni di direzione lavori vengono svolte dal concessionario, mentre alla stazione appaltante residua soltanto la c.d. “alta vigilanza”, espressamente menzionata dall’art. 141, comma 8, del d.lgs. n. 163/06 tra i compiti attribuiti al responsabile del procedimento in questo tipo di affidamenti.

Lo stesso può dirsi per gli affidamenti a *general contractor*, in cui l’assenza di una normativa specifica che disciplini la fase esecutiva del rapporto rende indispensabile l’intervento suppletivo delle parti⁴³ che, in sede di regolamentazione pattizia, dovranno definire i confini dei poteri di vigilanza della stazione appaltante pubblica.

Ebbene, il principale strumento giuridico mediante cui si esplica il controllo nel corso dello svolgimento dell’appalto è rappresentato dall’ordine di servizio che, ai sensi dell’art. 128, d.P.R. n. 554/99, ha forma scritta e viene impartito dal direttore dei lavori⁴⁴ all’appaltatore.

La cogenza dell’ordine di servizio è legata alla sua conformità al progetto, al contratto e alle regole dell’arte, senza che possa rinvenirsi nello stesso quella forza giuridica che caratterizza ordinariamente i provvedimenti amministrativi autoritativi, idonei a modificare unilateralmente la sfera giuridica dei destinatari.

L’ordine di servizio, quindi, non ha una propria autonoma capacità precettiva svincolata dal contratto.

La vera differenza, che qualifica l’appalto pubblico, è che vigilanza e

⁴² Cfr. CANCRINI, P. PISELLI, V. CAPUZZA, *La nuova legge degli appalti pubblici*, Roma, 2006, 324.

⁴³ R. DAMONTE, D. GALLI, *Il general contractor*, Milano, Giuffrè, 2005, 126; P. CHIRULLI, *L’affidamento a contraente generale*, ne *I Contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, vol 8, tomo II, Milano, Utet, 2008, 950 ss.

⁴⁴ Cfr. E. STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1999, 43, che qualifica i poteri del direttore dei lavori come discrezionali ed autoritativi.

influenza non sono eventuali, ma rappresentano attività necessarie all'esercizio doveroso della funzione.

Paragrafo XI.

Jus variandi

Il committente privato può ordinare variazioni del progetto senza soggiacere alle stringenti limitazioni previste per l'appalto di opere pubbliche, definite oggi dall'art. 132 del d.lgs. n. 163/06.

Al di fuori delle ipotesi tassative ivi previste (sottoposte anche a soglie quantitative), grava, infatti, sulla stazione appaltante pubblica il generale divieto di apportare variazioni all'originario progetto dell'opera. Quantomeno sotto il profilo della capacità di incidere unilateralmente sull'oggetto delle prestazioni dovute dalla controparte contrattuale non può allora sostenersi che il committente pubblico disponga di poteri più penetranti di quelli spettanti all'omologo privato⁴⁵, risultando vero l'esatto contrario.

La natura eccezionale dei casi in cui è ammissibile modificare il progetto dell'opera pubblica e la necessità di interpretare la normativa *de qua* in modo restrittivo è stata peraltro recentemente confermata dalla giurisprudenza che ha escluso la possibilità di sopperire a carenze progettuali mediante l'adozione di varianti, quando, pur essendosi individuato l'aggiudicatario, non sia ancora stato formalizzato il contratto la cui conclusione resta quindi preclusa; reputandosi la diversa opzione contraddittoria con il principio di buon andamento e di efficienza, il cui doveroso ossequio non consentirebbe all'amministrazione di stipulare un contratto nella consapevolezza che il rapporto *in eundo* non sia idoneo alla compiuta realizzazione dell'opera, ma richieda significativi

⁴⁵ P. SANTORO, *Manuale dei contratti pubblici*, Maggioli, 1080.

aggiustamenti.

In ordine invece agli strumenti di scioglimento del rapporto contrattuale si registra uno sbilanciamento in favore del contraente pubblico depositario di facoltà non sempre previste nella disciplina dell'appalto di diritto comune.

Paragrafo XII.

Recesso fra diritto privato e funzione pubblica

Le ipotesi di scioglimento del contratto di appalto previste dalla disciplina di settore non esauriscono le cause di estinzione del negozio, ma ne costituiscono solamente una parte, cui devono aggiungersi i tradizionali rimedi risolutivi contemplati nel codice civile per i contratti sinallagmatici⁴⁶ (quali la c.d. risoluzione per mutuo consenso, la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione *ex art. 1672 c.c.* o per inadempimento *ex art. 1453 c.c.*, nonché l'estinzione del contratto per adempimento delle prestazione dedotte, ecc.).

La disciplina del recesso del committente pubblico prevista dall'art. 134 del d.lgs. n. 163/06, sostituisce l'omologo istituto di diritto comune di cui all'art. 1671 c.c..

La disciplina speciale e quella generale (civilistica) differiscono, almeno per quanto può desumersi da un'interpretazione letterale delle norme, solo per gli aspetti indennitari, e segnatamente per la quantificazione del lucro cessante (giacché nell'uno come nell'altro caso è comunque previsto il pagamento dei lavori già eseguiti e dei materiali presenti in cantiere).

Nell'appalto pubblico il *quantum* del "prezzo" che dovrà essere

⁴⁶ F. G. SCOCA, A. POLICE, *La risoluzione del contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1997, 7; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 1167.

corrisposto dal committente per esercitare il proprio “diritto” di recesso non è interamente commisurato all’effettivo pregiudizio subito dall’appaltatore, ma è (almeno parzialmente) predeterminato in via forfettaria nella misura del decimo dell’importo delle opere non eseguite (a cui deve aggiungersi il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere).

La specialità della disciplina non trova tanto la sua *ratio* in un intento di contenimento della spesa pubblica, quanto nella volontà di assicurare all’amministrazione la possibilità di stimare in via preventiva il costo del recesso, senza esporsi a rischi finanziari imponderabili.

Ma gli aspetti più problematici legati al recesso del committente pubblico sono inscindibilmente legati alla sua qualificazione.

La giurisprudenza è ormai costante nell’affermare la natura privatistica della facoltà di recesso del committente pubblico e anche la dottrina maggioritaria⁴⁷ si è espressa nello stesso senso, valorizzando il parallelismo tra il potere *de quo* e l’omologo istituto contemplato dall’art. 1671 c.c., dove il diritto di recesso risulta ordinariamente ancorato al tipo negoziale dell’appalto.

D’altronde, la tesi di quanti intravedono nella predeterminazione dell’indennizzo spettante all’appaltatore una forma di “supremazia pubblicistica” è recisamente smentita dalla constatazione che nell’appalto interprivato le parti possono addirittura prevedere (validamente) una clausola contrattuale che disconosca del tutto il diritto dell’appaltatore di percepire indennità in caso di recesso *ad nutum* del committente.

La giurisprudenza, infatti, interpreta l’art. 1671 c.c. come una norma di carattere derogabile (diversamente da quanto può dirsi con riguardo alle norme contenute nel codice dei contratti pubblici) consentendo quindi ai privati, nella loro più ampia autonomia, di regolare

⁴⁷ A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L’appalto di opere pubbliche*, cit., 179; F.G. SCOCA, A. POLICE, *La risoluzione del contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1997, 44; AA.VV., *La disciplina dei contratti pubblici*, a cura di M. Baldi e R. Tomei, Milano, Ipsoa, 2007, 1171.

liberamente gli effetti patrimoniali del recesso.

Non sembra quindi possibile ravvisare supremazie “speciali” in rapporto a norme che finiscono per attribuire alla stazione appaltante pubblica meno di quanto l'autonomia negoziale possa riconoscere al committente privato.

La questione maggiormente dibattuta in proposito è la sindacabilità del recesso da parte della p.a. e la conseguente valutazione dei limiti della stessa. L'assunto dell'assoluta insindacabilità delle ragioni poste a fondamento dell'esercizio del recesso della p.a., oltre a mal conciliarsi con la natura pubblicistica dell'ente titolare del diritto, determinerebbe preoccupanti vuoti di tutela, oltre a risultare del tutto sganciata dagli approdi cui giunta la teoria dell'abuso del diritto.

Per rispondere al quesito dell'applicabilità o meno della norma contenuta nell'art. 1345 c.c. — che sanziona con la nullità i contratti conclusi per un motivo illecito comune alle parti — agli atti unilaterali negoziali, tra cui pacificamente si annoverano il recesso⁴⁸ e, più in generale, gli atti estintivi di rapporti contrattuali si è partiti dall'art. 1324 c.c., che estende l'ambito di influenza della disciplina generale sui contratti agli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale, purché la singola regola presa in considerazione risulti compatibile con la struttura dell'atto unilaterale⁴⁹.

L'irrelevanza, ai fini della validità del contratto, dell'illiceità del motivo non comune ai contraenti è stata spiegata in dottrina nella necessità di tutelare l'affidamento della controparte.

La conclusione, condivisa anche dalla giurisprudenza di legittimità, è stata la ritenuta applicabilità dell'art. 1345 c.c. anche agli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale, incluso il recesso che, ove ispirato da finalità illecite, risulterà nullo e quindi *ab origine* improduttivo di effetti

⁴⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, 315;

⁴⁹ G.BENETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, Jovene, 1997.

estintivi.

Inoltre, attraverso il richiamo al divieto di atti emulativi (art. 833 c.c.), al principio di correttezza nel rapporto obbligatorio (1175 c.c.), nonché alla clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto (1375 c.c.), la dottrina ha teorizzato la funzionalizzazione del diritto al bene privato per la cui tutela l'ordinamento ha riconosciuto la posizione giuridica attiva, ravvisando nelle vane forme di utilizzo deviato (pur non illecite) di questo delle forme di abuso reprimibili.

Le valutazioni effettuate a livello dottrinale sono state di recente recepite dalla giurisprudenza la quale ha affermato in termini generali che dinanzi ai diritti potestativi l'interesse del soggetto passivo non può rimanere del tutto sfornito di giuridica tutela. A fronte dell'esercizio del potere di sacrificare un interesse altrui, si ritiene che sia il rispetto dei generali principi di civiltà giuridica a imporre il riconoscimento in capo al soggetto passivo quantomeno della possibilità di conoscere i motivi che animano la condotta del titolare del diritto, in modo da consentire al soggetto leso di contrastarli, statuendosi che "alla situazione di mera soggezione tende a sostituirsi quella di interesse legittimo nel diritto privato".

Paragrafo XIII.

La risoluzione del contratto

L'appalto pubblico può essere risolto mediante l'azione di risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c. o, in alternativa, con determinazione unilaterale dell'amministrazione ai sensi degli artt. 135 (risoluzione del contratto per reati accertati) e 136 (risoluzione del contratto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo) del d.lgs. n. 163/06, che riproducono le disposizioni degli artt. 118 e 119 del d.P.R. n. 554/99.

Un consolidato orientamento giurisprudenziale, condiviso anche dalla più ampia dottrina, escludendo l'applicabilità della regola contenuta nell'art. 1458 c.c., attribuisce alla risoluzione efficacia retroattiva⁵⁰.

La risoluzione, quindi, anche in questi casi pone nel nulla la causa giustificativa delle reciproche attribuzioni patrimoniali già effettuate da ciascuno dei contraenti e dovrebbe imporre il ripristino della situazione giuridica ed economica preesistente alla conclusione del contratto risolto, come se questo non fosse mai venuto in essere.

Tuttavia, il corollario, secondo cui ciascun contraente è tenuto a restituire o ricevere in restituzione rispettivamente la prestazione ricevuta o quella eseguita, generalmente discendente dalla natura retroattiva della risoluzione, trova un ostacolo insuperabile nelle dinamiche dei contratti d'appalto pubblico, in cui la realizzazione, pur parziale, di lavori strumentali alla realizzazione di un'opera di interesse generale non solo non permette la riduzione in pristino, ma obbliga — per espresso disposto degli artt. 135, comma 2, e 136, comma 1, del d.lgs. n. 163/06 (già art. 340 della legge n. 2248/1865, all. F) — la stazione appaltante alla corresponsione in favore dell'appaltatore di una somma di denaro equivalente alle lavorazioni regolarmente eseguite.

La pervasività dell'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica emerge anche sotto altri profili e caratterizza i rimedi risolutivi dell'appalto pubblico in modo così significativo da rendere difficile la riconduzione *tout court* degli stessi agli ordinari schemi di diritto comune.

Per la difficoltà di distinguere il diritto potestativo dell'amministrazione (di natura privatistica) dal potere discrezionale (pubblicistico) si è a lungo discusso sulla natura della rescissione⁵¹.

⁵⁰ A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 41.

⁵¹ Emblematiche delle incertezze giurisprudenziali paiono tre pronunce del 1984 delle sezioni unite della Corte di Cassazione emesse a distanza di pochi mesi, sempre in sede di definizione del riparto di giurisdizione.

La sentenza n. 4819 qualificava l'atto come un provvedimento amministrativo, ma non

Negli ultimi anni, il Consiglio di Stato ha costantemente negato la propria giurisdizione sugli atti di risoluzione della stazione appaltante, escludendone la natura provvedimentale; anche la Corte di Cassazione si è prevalentemente orientata nel senso della loro natura privatistica.

Non manca, tuttavia, qualche pronuncia delle sezioni semplici che, pur affermando la giurisdizione del G.O., continua a ravvisare nella c.d. rescissione del contratto di appalto di opere pubbliche un mezzo di natura autoritativa che si sostanzierebbe in un atto amministrativo espressione di autotutela della p.a..

La circostanza che la decisione dell'amministrazione di risolvere unilateralmente il contratto sia "discrezionale" e debba essere ispirata alla tutela dell'interesse pubblico alla tempestiva ed economica realizzazione dell'opera evoca indubbiamente paradigmi pubblicistici, ma non permette di immaginare un trattamento differenziato rispetto alla lettura in chiave privatistica del recesso, che risulta addirittura caratterizzato da più ampi spazi di discrezionalità.

Il fenomeno della c.d. rescissione per inadempimento dell'appaltatore (di cui al citato art. 136 del d.lgs. n. 163/06) ha delle evidenti assonanze

negava la giurisdizione del Giudice ordinario reputato competente a verificarne "la legittimità o liceità per ciò che attiene alla sussistenza e rilevanza del presupposto di colpa" ai fini della decisione sulla domanda di risarcimento del danno proposta dall'appaltatore, escludendo invece la possibilità di pronunciare statuizioni che "presuppongano o realizzino il mantenimento o il ripristino del contratto autoritativamente risolto..." (in quanto le stesse si risolverebbero sostanzialmente nell'annullamento o nella revoca dell'atto di esercizio del potere). La pronuncia n. 5840, al contrario, escludeva la configurabilità di poteri autoritativi dell'amministrazione committente in fase di esecuzione del rapporto, inquadrando in termini privatistici i relativi atti.

La sentenza n. 5841, infine, aderiva preliminarmente alla tesi pubblicistica dell'atto, ma affermava la sussistenza della giurisdizione del Giudice ordinario sulla domanda con la quale l'appaltatore chiedeva in via principale la dichiarazione di illegittimità e inefficacia del provvedimento di rescissione del contratto, pur senza invocare la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni.

con l'istituto dell'art. 1456 c.c. (clausola risolutiva espressa) che permette ai privati di prevedere convenzionalmente, nel caso in cui una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità pattuite, l'insorgenza in capo alla parte non inadempiente del diritto potestativo discrezionale di risolvere unilateralmente il contratto con una dichiarazione in cui si manifesti chiaramente la volontà di produrre l'effetto risolutivo. Analogamente all'atto di rescissione della p.a., la dichiarazione di volersi valere della clausola risolutiva espressa — pacificamente qualificata come un negozio giuridico unilaterale recettizio⁵² — produce immediatamente gli effetti estintivi (*ex tunc*) e l'intervento del giudice in tali casi assolve a una funzione meramente dichiarativa e non costitutiva (come viceversa accade nella risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c.).

Dunque, se l'atto con cui la p.a. dispone unilateralmente la risoluzione del contratto all'avverarsi dei presupposti stabiliti dagli artt. 135 e 136 del d.lgs. n. 163/06 ha la medesima natura della dichiarazione con cui il privato manifesta la propria intenzione di avvalersi della clausola risolutiva, deve affermarsi che il primo è, al pari della seconda, un negozio giuridico unilaterale recettizio.

La medesima natura di negozio unilaterale recettizio può essere attribuita, inoltre, anche all'atto con cui si dispone la risoluzione del contratto nei casi previsti dall'art. 135 del d.lgs. n. 163/06, vale a dire quando sia stata disposta nei confronti dell'appaltatore una o più misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge n. 1423/56 oppure sentenza di condanna passata in giudicato per frodi in danno della stazione appaltante, di subappaltatori, di fornitori, di lavoratori o di altri soggetti comunque interessati ai lavori, nonché per violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro.

Anche in questo caso si riconosce, al verificarsi di una di queste

⁵² F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 2000, 997.

circostanze, il diritto potestativo del committente pubblico di risolvere il contratto sulla scorta di una valutazione di opportunità del responsabile del procedimento che dovrà (per espressa disposizione di legge) tener conto dello stato dei lavori e delle eventuali conseguenze nei riguardi delle finalità dell'intervento.

La lettura in termini privatistici delle ipotesi di risoluzione appena trattate e del recesso del committente pubblico, oltre a coniugarsi con l'ormai costante affermazione della giurisdizione del Giudice ordinario sulle relative questioni, mette in crisi quei limiti che anche la dottrina più avveduta ha continuato a frapporre in questo genere di controversie, sostenendo che l'appaltatore, in caso di inosservanza delle regole poste per l'esercizio delle predette facoltà, non potrebbe chiedere il ritorno in vita del contratto di appalto, ma solo il risarcimento dei danni, segnando così una significativa differenza, quanto agli effetti, tra la c.d. rescissione nell'appalto pubblico e la risoluzione nell'appalto privato. L'affermazione secondo cui il Giudice ordinario non potrebbe annullare atti di tal genere per il divieto posto dall'art. 4 della legge n. 2248/1865, all. E sembra infatti vacillare una volta qualificati gli atti di recesso e di rescissione come negozi unilaterali recettizi: il divieto posto al giudice ordinario dall'art. 4 della legge citata è infatti limitato ai provvedimenti emessi dall'amministrazione nell'esercizio di una potestà pubblicistica e non si estende agli atti di diritto civile, con riferimento ai quali i poteri del Giudice ordinario non subiscono compressioni e non si differenziano da quelli che lo stesso giudice ha rispetto agli atti dei soggetti giuridici privati.

Capitolo II

La scelta del contraente secondo il Codice dei contratti pubblici

Paragrafo I

Il recepimento delle direttive 2004/17/CE, 2004/18/CE

Il nuovo codice degli appalti pubblici italiano ha recepito le direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE⁵³, entrambe del marzo 2004 e relative la prima ai settori cosiddetti speciali, cioè alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali e la seconda relativa ai settori ordinari ed, in particolare, al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavoro, di forniture e di servizi in materia di contratti pubblici.

La Direttiva 2004/18/CE ha inteso innanzitutto, aggiornare e razionalizzare le norme comunitarie preesistenti, in materia di appalti pubblici. Si è trattato, essenzialmente, di un'operazione di coordinamento tra precedenti normative, rispondente ad un'esigenza di semplificazione e non certo di riforma sostanziale dell'impianto normativo esistente. L'obiettivo di semplificazione del legislatore comunitario viene raggiunto accorpando in un unico testo (quello appunto della direttiva 2004/18) le tre direttive classiche, dando vita ad un programma di riordino delle norme comunitarie, in materia di appalti pubblici, che raccoglie in un corpus unitario le norme vigenti, senza modificarne la portata sostanziale. Grazie a questo lavoro di refusione in un solo testo normativo, è stato possibile coordinare le diverse discipline degli appalti di servizi, di forniture e di lavori, eliminando le frequenti incongruenze normative. Altro scopo, perseguito dalla

⁵³ L. FIORENTINO, C. LACAVA, *Le nuove direttive europee negli appalti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, Quaderni, diretto da S. Cassese, 9, 2004.

direttiva 2004/18 CE, è stato quello di aggiornare la normativa vigente, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica ed economica. Numerose sono le innovazioni ed i nuovi istituti introdotti dal nuovo codice. Il Codice, in ottemperanza alla disciplina comunitaria, infatti, ha introdotto una serie di strumenti ed istituti, ad esempio, al fine di garantire da un lato il rispetto dei principi di efficienza, economicità, tempestività dell'operato delle stazioni appaltanti; ma dall'altro anche il rispetto dei principi della libera concorrenza, della parità di trattamento, della non discriminazione e della trasparenza previsti dall'art. 2 e, più in generale, dall'art. 97 della Costituzione e dalla legge n. 241 del 1990.

Paragrafo II

Le nuove forme di aggiudicazione

Particolare interesse meritano le nuove forme di aggiudicazione che sono state introdotte dal Codice degli Appalti⁵⁴, tutte volte a rendere maggiormente efficiente e flessibile l'azione delle stazioni appaltanti nell'espletamento delle procedure di gara, basti pensare al dialogo competitivo, disciplinato dall'art. 58⁵⁵, applicabile nell'ipotesi di appalti

⁵⁴ F. COCCOLI, *Criteri di selezione delle offerte e verifica delle offerte anormalmente basse (artt. 81 - 89)*, in *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, a cura di M. Sanino, Torino, Utet, 2006, 339 ss.; A. CANCRINI, P. PISELLI, V. CAPUZZA, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture (Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163)*, Roma, Ist. Giur. OO.PP., 2006, 174 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Roma, EPC, 2006, 145 ss..

⁵⁵ L'art. 58 ha mutuato dall'art. 23 della direttiva n. 18 del 2004, che fa riferimento a particolari difficoltà nel definire l'impostazione giuridica e finanziaria del progetto, oltre che alla difficoltà nel definire i mezzi tecnici atti a soddisfare i suoi bisogni o le sue necessità dimostrando di voler ampliare il campo di applicazione dell'istituto anche ad ipotesi in cui la particolare complessità sia rappresentata da fattori relativi al finanziamento del progetto. L'istituto si potrebbe rivelare particolarmente utile per l'esecuzione di importanti progetti di infrastrutture, di trasporti integrati, di grandi reti informatiche, o per tutte quelle ipotesi in cui vi sono progetti che comportano un finanziamento particolarmente complesso e strutturato (se pure il legislatore, con l'intervento correttivo sul d.lgs. n. 163/06, ha escluso l'applicabilità del dialogo competitivo alle infrastrutture strategiche); cfr. F. FRACCHIA, L. CARROZZA, *Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE*, in www.giustamm.it.

particolarmente complessi e mediante il quale le stazioni appaltanti possono avviare per l'appunto un dialogo con i candidati ammessi "finalizzato all'individuazione ed alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le loro necessità od obiettivi" potendo discutere in tale fase tutti gli aspetti dell'appalto. Altra importante novità per il nostro ordinamento è rappresentata dall'accordo quadro, disciplinato dall'art. 59, stipulabile fra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici per i lavori di manutenzione e negli altri casi in cui i lavori sono caratterizzati da una sostanziale serialità, della durata massima di quattro anni, ed il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare in un dato periodo.

La nozione di dialogo competitivo⁵⁶ è fornita dall'art. 1, par. 11, lettera c) della direttiva 2004/18 recepita dall'art. 3, comma 41 del codice: Il "dialogo competitivo" è una procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale 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. Ai fini del ricorso alla procedura di cui al primo comma, un appalto pubblico è considerato "particolarmente complesso" quando l'amministrazione aggiudicatrice: 1) non è oggettivamente in grado di definire, conformemente all'articolo 23, paragrafo 3, lettere b), c) o d), del nuovo Codice, i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi; 2) non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto. Nella direttiva 2004/18/CE viene precisato

⁵⁶ C. CONTESSA, N. DESALVO, *La procedura di dialogo competitivo tra partenariato pubblico-privato e tutela della concorrenza*, in *Urb. e app.*, 5, 2006, 501 ss., M. CLARICH, *Il dialogo competitivo ed i possibili riflessi sul partenariato pubblico privato*, in atti del Seminario su "Il dialogo competitivo ed i riflessi sul partenariato pubblico privato", in www.igitalia.it; M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urb. e app.*, 6, 2004, 755 ss.; E. ROBALDO, *La realizzazione di opere pubbliche con la partecipazione di capitale privato*, in *Urb. e app.*, 1, 2005, 146 ss..

che “Nel dialogo competitivo e nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, tenuto conto della flessibilità che può essere necessaria nonché dei costi troppo elevati connessi a tali metodi di aggiudicazione degli appalti, occorre consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di prevedere uno svolgimento della procedura in fasi successive in modo da ridurre progressivamente, in base a criteri di attribuzione preliminarmente indicati, il numero di offerte che continueranno a discutere o a negoziare. Tale riduzione dovrebbe assicurare, purché il numero di soluzioni o di candidati appropriati lo consenta, una reale concorrenza”. Alla luce di tali disposizioni emerge: 1) il carattere eccezionale dell’istituto rispetto alle ordinarie procedure aperte o ristrette, subordinato all’oggettiva impossibilità dell’amministrazione di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, o specificare l’impostazione giuridica o finanziaria di un progetto; 2) la particolare complessità dell’appalto; 3) la non imputabilità alle amministrazioni aggiudicatrici dell’impossibilità di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, o specificare l’impostazione giuridica o finanziaria di un progetto.

In sede di recepimento nel nuovo Codice è stato previsto:

- di introdurre una definizione di “appalti particolarmente complessi”;
- l’obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di fornire specifica motivazione in merito alla sussistenza dei presupposti per ricorrere al dialogo competitivo;
- di consentire il dialogo competitivo in relazione agli “obiettivi” delle amministrazioni aggiudicatrici: in effetti l’art. 29 utilizza due sinonimi “necessità” e “esigenze”, mentre l’art. 1, par. 11, lettera c) utilizza l’espressione “necessità o obiettivi” ; conformemente ai principi ormai invalsi nella legislazione nazionale, la possibilità di indicare solo

gli obiettivi amplifica notevolmente l'apporto collaborativo dei privati all'attività della P.A.;

- di escludere la responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici nell'ipotesi in cui nessuna delle soluzioni risponda alle necessità e obiettivi in precedenza indicati;
- la possibilità, tenuto conto dell'incidenza dell'apporto dei privati durante il dialogo, di precisare i criteri di valutazione delle offerte in relazione alle particolarità delle soluzioni prospettate;
- una disciplina di raccordo con la finanza di progetto, volta a consentire alle amministrazioni aggiudicatrici il dialogo competitivo quando nessuna delle proposte corrisponde all'interesse pubblico ai sensi dell'articolo 154, con la previsione che i soggetti che hanno presentato le proposte sono ammessi a partecipare al dialogo.

In definitiva l'Istituto del dialogo competitivo è previsto per appalti particolarmente complessi, ma non per l'affidamento delle opere della Legge Obiettivo; con il dialogo competitivo le stazioni appaltanti pubblicano un bando di gara, eventualmente integrato da un documento descrittivo, con le esigenze che i partecipanti devono soddisfare. Successivamente i partecipanti al dialogo competitivo sviluppano una o più soluzioni tecniche e/o finanziarie e la stazione appaltante ne individua una o più e su queste chiede di formulare le offerte economiche.

L'aggiudicazione avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e le stazioni appaltanti possono prevedere premi e incentivi, per i partecipanti. Ovviamente le stazioni appaltanti non possono ricorrere al dialogo competitivo in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza. Con l'articolo 59 del nuovo Codice viene recepito l'istituto, previsto nella direttiva 2004/18/CE degli "accordi - quadro", in passato previsto solo nei settori speciali. La principale differenza rispetto all'istituto previsto dalla direttiva 93/38 e ora dalla direttiva 2004/17 è costituito dall'obbligo di

ricorrere alla previa gara per la stipula dell'accordo quadro, mentre nei settori speciali il previo confronto concorrenziale è solamente condizione per l'affidamento con procedura negoziata senza bando a favore dei soggetti firmatari dell'accordo.

L'articolo 59 del nuovo Codice recepisce la norma comunitaria con l'unica particolarità costituita dall'obbligo di indicare i criteri di affidamento dei singoli appalti nel caso in cui non si rilanci il confronto competitivo tra i soggetti firmatari dell'accordo (comma 7).

Per i lavori il recepimento dell'accordo quadro viene circoscritto a lavori standardizzati e ripetitivi, quali la manutenzione e altre ipotesi da prevedersi nel nuovo regolamento (il vigente DPR n. 554/1999 contempla al posto degli "accordi - quadro" i contratti aperti).

L'art. 60, poi, stabilisce che:

1. Le stazioni appaltanti possono ricorrere a sistemi dinamici di acquisizione. Tali sistemi sono utilizzati esclusivamente nel caso di forniture di beni e servizi tipizzati e standardizzati, di uso corrente, esclusi gli appalti di forniture o servizi da realizzare in base a specifiche tecniche del committente che, per la loro complessità, non possano essere valutate tramite il sistema dinamico di acquisizione.
2. Per istituire un sistema dinamico di acquisizione le stazioni appaltanti seguono le norme della procedura aperta in tutte le sue fasi fino all'attribuzione degli appalti da aggiudicare nell'ambito di detto sistema.
3. Tutti gli offerenti che soddisfano i criteri di selezione e che hanno presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'oneri e agli eventuali documenti complementari sono ammessi nel sistema.
4. Le offerte indicative possono essere migliorate in qualsiasi momento, a condizione che esse restino conformi al capitolato d'oneri.
5. Per l'istituzione del sistema e per l'aggiudicazione degli appalti nell'ambito del medesimo le stazioni appaltanti utilizzano

esclusivamente mezzi elettronici conformemente all'articolo 77, commi 5 e 6.

6. Ai fini dell'istituzione di un sistema dinamico di acquisizione le stazioni appaltanti:

a) pubblicano un bando di gara indicando che si tratta di un sistema dinamico di acquisizione;

b) precisano nel capitolato d'oneri, tra l'altro, la natura degli acquisti previsti che sono oggetto di detto sistema, nonché tutte le informazioni necessarie riguardanti il sistema di acquisizione, l'attrezzatura elettronica utilizzata, nonché, i dettagli pratici e le specifiche tecniche di connessione;

c) offrono per via elettronica, dalla pubblicazione del bando e fino a conclusione del sistema, l'accesso libero, diretto e completo al capitolato d'oneri e a qualsiasi documento complementare e indicano nel bando di gara l'indirizzo Internet presso il quale è possibile consultare tali documenti.

7. Le stazioni appaltanti accordano a qualsivoglia operatore economico, per tutta la durata del sistema dinamico di acquisizione, la possibilità di presentare un'offerta indicativa allo scopo di essere ammesso nel sistema alle condizioni di cui al comma 3.

8. Le stazioni appaltanti concludono la valutazione delle offerte indicative entro quindici giorni a decorrere dalla presentazione dell'offerta indicativa. Possono tuttavia prolungare il periodo di valutazione a condizione che nessun appalto sia messo in concorrenza nel frattempo.

9. Le stazioni appaltanti informano al più presto l'offerente di cui al comma 7 in merito alla sua ammissione nel sistema dinamico di acquisizione o al rigetto della sua offerta indicativa.

10. Ogni appalto specifico deve essere oggetto di un confronto concorrenziale. Prima di procedere a detto confronto concorrenziale, le stazioni appaltanti pubblicano un bando di gara semplificato e invitano

tutti gli operatori economici interessati a presentare un'offerta indicativa, conformemente al comma 3, entro un termine che non può essere inferiore a quindici giorni a decorrere dalla data di invio del bando di gara semplificato. Le stazioni appaltanti procedono al confronto concorrenziale soltanto dopo aver terminato la valutazione di tutte le offerte indicative introdotte entro questo termine.

11. Le stazioni appaltanti invitano tutti gli offerenti ammessi nel sistema a presentare un'offerta per ogni appalto specifico da aggiudicare nel quadro del sistema. A tal fine essi fissano un termine sufficiente per la presentazione delle offerte.

12. Le stazioni appaltanti aggiudicano l'appalto all'offerente che ha presentato la migliore offerta in base ai criteri di aggiudicazione enunciati nel bando di gara per l'istituzione del sistema dinamico di acquisizione. Detti criteri possono, all'occorrenza, essere precisati nell'invito menzionato nel comma 11.

13. La durata di un sistema dinamico di acquisizione non può superare quattro anni, tranne in casi eccezionali debitamente giustificati.

14. Le stazioni appaltanti non possono ricorrere a un sistema dinamico di acquisizione in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.

15. Non possono essere posti a carico degli operatori economici interessati o dei partecipanti al sistema contributi di carattere amministrativo,

Un altro importante istituto di derivazione comunitaria è l'avvalimento, disciplinato dall'art 49 del Codice. In sede di gara l'art. 49 prevede la possibilità di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto. Rispetto alla formulazione della direttiva europea si prevede che in una gara non possa avvalersi dei requisiti della stessa impresa più di un concorrente. Il concorrente potrà avvalersi dei

requisiti di una sola impresa per ciascun requisito o categoria; il bando di gara potrà peraltro ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni; ma, in tale ipotesi, per i lavori non sarà comunque ammesso il cumulo tra attestazioni di qualificazione SOA relative alla stessa categoria. Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante. Gli obblighi relativi alla normativa antimafia si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario. Non è richiesto alcun rapporto di controllo o collegamento fra i due soggetti. Il concorrente porterà in gara l'attestazione dell'impresa ausiliaria integrata da una sua dichiarazione attestante i requisiti oggetto dell'avvalimento, il possesso dei requisiti di ordine generale ed un'ulteriore dichiarazione con la quale l'impresa ausiliaria si impegna a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse di cui è carente il concorrente.

Non è consentito che partecipino alla stessa gara sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.

Il bando potrà comunque prevedere che, in relazione alla natura dell'appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste possano prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario.

Il contratto dovrà in ogni caso essere eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione; l'impresa ausiliaria non potrà assumere il ruolo di appaltatore, o di subappaltatore. L'avvalimento viene esteso anche in sede di attestazione SOA, seppur con l'introduzione di alcune condizioni: rapporto di controllo con l'impresa ausiliaria, disponibilità di quest'ultima a rendere fruibili le proprie risorse oggetto dell'avvalimento per l'intero periodo

di validità dell'attestazione (con obbligo di comunicare le eventuali circostanze che farebbero venir meno tale disponibilità). Il rapporto di controllo non potrà che far riferimento all'art. 2359 c.c. e tale dovrà persistere per l'intero periodo dell'attestazione. In particolare andrà quindi verificato che tra la società avvalente e la società avvalsa esista un rapporto di controllo ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 2359 c.c. e pertanto che sussistano le seguenti condizioni:

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;

L'attestazione Soa mediante avvalimento comporta la responsabilità solidale delle imprese nei confronti della stazione appaltante.

Altra importante introduzione è rappresentata dalle società miste, pubblico - private, la cui costituzione è prevista dall'art.1, comma 2 per la realizzazione e/o gestione di un'opera o di un servizio pubblico; il soggetto privato in questi casi deve essere scelto tramite procedura ad evidenza pubblica. Valore significativo assume, tra l'altro, l'incentivazione della informatizzazione delle procedure di gara, svolta attraverso pubblicazioni e comunicazioni e l'introduzione della contrattazione informatica a mezzo aste elettroniche e i sistemi dinamici.

Sia le direttive comunitarie che il Nuovo codice degli appalti disciplinano le aste elettroniche.

Entrambi le riportano nella sezione relativa ai "criteri di aggiudicazione", anche se non si tratta di un criterio di aggiudicazione, ma, più propriamente di un processo elettronico di negoziazione e valutazione delle offerte che segue ad una tradizionale procedura di gara, sia essa una procedura aperta, ristretta o negoziata con bando.

L'inserimento della disciplina dell'asta elettronica nell'ambito dei criteri di aggiudicazione è dovuta alla volontà di escludere che questa

sia una nuova procedura di gara.

Sia le “aste elettroniche” che i “sistemi dinamici di acquisto” sono tecniche di acquisto fondate essenzialmente sull’utilizzo dei dispositivi elettronici.

In concreto sono due modalità di negoziazione ben distinte tra loro, tanto che vengono riportate in parti diverse del Nuovo Codice: le “aste elettroniche” sono disciplinate nella parte relativa ai criteri di aggiudicazione (parte II, titolo I, capo III, Sezione V), mentre la disciplina dei “sistemi dinamici di acquisto” (art. 60 del Codice) viene previsto nell’ambito delle procedure di gara (parte II, titolo I, capo III)

In comune le aste elettroniche ed i sistemi dinamici di acquisto hanno la utilizzazione di sistemi elettronici e automatici di valutazione delle offerte.

In entrambi i casi il pericolo correlato ad una valutazione automatica delle offerte è quello di favorire la competizione ed il ribasso a discapito della qualità della prestazione.

In altre parole si tratta di meccanismi che rischiano di determinare una distorsione della concorrenza.

La consapevolezza dei rischi delle procedure in esame ha portato il Legislatore comunitario a prevedere che il ricorso alle aste elettroniche ed ai sistemi dinamici di acquisto deve avvenire nel rispetto delle norme previste dalle direttive e dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza al fine di evitare che le amministrazioni possano in alcun modo ricorrere a tali strumenti “abusivamente o in modo ad impedire, limitare o distorcere la concorrenza” .

L’art. 3, comma 15 del Nuovo codice contiene la definizione di asta elettronica che rispecchia fedelmente quella contenuta nelle direttive (art. 1, par. 7, dir. 2004/18/CE; art. 1, par. 6, dir. 2004/17/CE).

L’asta elettronica viene definita come un “processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi,

modificati al ribasso, e/o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico”.

L’asta elettronica è quindi il processo elettronico di negoziazione delle offerte.

Le procedure di gara rimangono quelle tradizionali (la procedura aperta, ristretta e negoziata), ma si riconosce la possibilità di prevedere nel bando di gara che la individuazione del concorrente aggiudicatario avvenga sulla scorta di una “valutazione automatica delle offerte a mezzo elettronico”.

Non è possibile ricorrere all’asta elettronica per gare che non siano precedute dalla pubblicazione del bando (ad esempio in seguito a trattativa privata).

Inoltre, poiché si tratta di un meccanismo di valutazione esclusivamente automatica delle offerte, le amministrazioni vi potranno ricorrere soltanto per l’aggiudicazione di “appalti le cui specifiche possono essere definite in modo preciso” (cfr. art. 85, comma 1, del Codice, considerando 14, dir. 2004/18/Ce; e considerando 22, dir. 2004/17/Ce), così come potranno essere oggetto dell’asta elettronica solo gli elementi quantificabili in modo da poter essere espressi in cifre o percentuali. La aggiudicazione automatica mediante asta elettronica non può avvenire quando oggetto della valutazione sono elementi non soggetti a quantificazione. Sono quindi esclusi dall’ambito di applicazione delle aste elettroniche gli appalti di lavori e servizi che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori. L’art. 357, comma 15 del codice degli appalti richiama il considerando 14, dir. 2004/18/CE e considerando 22, dir. 2004/17/CE e prevede che le amministrazioni nazionali non potranno ricorrere alle aste elettroniche nel caso di appalti di lavori o di servizi che abbiano per oggetto

prestazioni intellettuali.

L'asta elettronica si svolge in fasi. La prima fase prevede la classificazione delle offerte (cfr art. 85, comma 9, Codice; art. 54, dir. 2004/18/CE, e art. 56, dir. 2004/17/CE) in base ai nuovi prezzi e/o ai nuovi valori presentati.

Se il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso l'offerta che si aggiudica l'appalto è facilmente individuabile in quella che contiene una maggiore percentuale di ribasso. Se, invece, il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa è necessario specificare la formula matematica in base alla quale viene riclassificata l'offerta.

In quest'ultimo caso il problema fondamentale è quello di conciliare la automaticità dell'utilizzo di sistemi automatizzati e valutazioni più complesse rispetto alla mera verifica del ribasso necessarie per la individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Riguardo alla durata di un'asta elettronica, l'art. 85, comma 10 del codice degli appalti ha previsto che "le stazioni appaltanti dichiarano conclusa l'asta elettronica alla data e ora di chiusura preventivamente fissata".

La direttiva comunitaria (cfr. art. 56, dir. 2004/17/CE, e, analogamente, il 54, dir. 2004/18/CE) prevede diverse modalità di chiusura di un'asta: - allo scadere dell'ora fissata qualora nell'invito sia stata indicata una data inizio e di chiusura dell'asta (art. 56, par. 7, lett. a); - al raggiungimento del numero di fasi dell'asta fissate nell'invito (art. 56, par. 7, let i); - quando enti non ricevono più nuovi prezzi che rispondono alle esigenze degli scarti minimi.

L'indizione di un'asta elettronica ex art. 85, comma 5, d. lgs. n. 163/2006 richiede la indicazione della modalità di scelta del contraente nel bando di gara e la cui applicazione necessita delle previsioni regolamentari, ad oggi mancanti, ex art. 85, comma 12. Si differenzia

dalla procedura dell'asta elettronica la mera previsione dell'invio telematico delle offerte.

Quest'ultima previsione non fa scattare l'applicazione del codice degli appalti come stabilito anche da giurisprudenza recente (cfr. TAR Lazio n. 1972 del 3 marzo 2008).

Paragrafo III.

La scelta del contraente e discrezionalità della p.a.

Il diritto comunitario ha inciso anche sulla configurazione della discrezionalità amministrativa in ordine alla scelta del contraente cui affidare l'esecuzione di un pubblico appalto.

Le influenze comunitarie sono evidenti sia nel ricorso alla trattativa privata, che ha subito una riduzione notevole dell'ambito di applicabilità rispetto alle precedenti norme dell'ordinamento interno, sia in relazione alle procedure di affidamento diverse dalla trattativa privata che hanno nel tempo subito profonde e sostanziali modificazioni ed in definitiva una sempre più stringente procedimentalizzazione.

Per limitare la disamina agli appalti di lavori, occorre considerare che prima dell'entrata in vigore della legge n. 109/94, del decreto legislativo di recepimento della direttiva 89/440/CE (d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406), nonché della legge 8 agosto 1977, n. 584, di recepimento della direttiva 26 luglio 1971, n. 71/304/CE, i metodi di scelta del contraente ed i criteri di aggiudicazione erano disciplinati esclusivamente dalla legge di contabilità e dal suo regolamento di esecuzione, mentre la normativa applicabile alla trattativa privata era l'art. 41 del r.d. n. 827/24.

In particolare, si rendeva lecito il ricorso alla trattativa privata quando l'urgenza dei lavori, acquisti, trasporti e forniture fosse tale da non

consentire l'indugio degli incanti o della licitazione, e in genere in ogni altro caso in cui ricorressero speciali ed eccezionali circostanze, tali da non consentire l'utilizzo delle forme degli artt. da 37 a 40 del regolamento.

Queste clausole di "restrizione" del sistema, lasciavano evidenti possibilità di scelta alle amministrazioni, le quali, nell'esercizio di una facoltà piuttosto ampia, potevano dichiarare l'urgenza o la ricorrenza di circostanze eccezionali al fine di evitare i metodi dell'asta pubblica o della licitazione privata per la scelta del contraente.

Le norme di recepimento delle direttive comunitarie citate (n. 71/304 e n. 440/89), l'art. 5 della legge n. 584/77 e, successivamente, l'art. 6 del d.lgs. n. 406/91, erano sulla questione molto più limitative del regolamento di contabilità dello Stato, poichè indicavano ipotesi tassative di ricorso alla trattativa privata, lasciando margini di manovra molto ristretti alle stazioni appaltanti, coerentemente con l'intento del legislatore comunitario di considerare l'istituto quale strumento eccezionale di affidamento ed imporre l'applicazione pressoché incondizionata del cosiddetto principio della gara.

La legge n. 109/94 ha poi recepito la direttiva comunitaria successivamente intervenuta (93/37/CE) andando oltre i limiti da questa imposti e consentendo l'affidamento a trattativa privata solo nelle ipotesi dettagliatamente indicate dall'art. 24.

Seppur sotto l'influenza di quello comunitario e proprio per garantire al massimo livello la concorrenza nel settore, il legislatore domestico aveva dunque ulteriormente compresso, sotto questo profilo, i pur limitati margini di autonomia negoziali riconosciuti dalla normativa comunitaria alle amministrazioni aggiudicatrici⁵⁸.

Proprio l'adeguamento alla normativa comunitaria ha comportato una progressiva procedimentalizzazione della trattativa privata, via via

⁵⁸ L. GIANPAOLINO, *La disciplina della trattativa privata e delle varianti nella l. 109/94 c.d. Merloni e sue successive modifiche*, in *Foro amm.*, 1998, 2587.

assimilata alle procedure ristrette, prevedendo, ad esempio, in taluni casi la previa pubblicazione del bando e, dunque, il rispetto di regole formali che peraltro non lasciano più l'amministrazione libera di concludere o meno il contratto.

A prescindere da ogni considerazione che ha talvolta indotto il nostro legislatore ad adottare una disciplina ancor più rigorosa per la trattativa privata, attraverso un progressivo processo di adeguamento all'ordinamento comunitario si sono profondamente modificate anche le modalità dell'esercizio dell'autonomia negoziale da parte della p.a., se solo si considera che espressione dell'autonomia negoziale tipica del diritto civile è anche la libertà di autodeterminazione nella scelta dell'altro contraente e che dal momento in cui tale autodeterminazione viene limitata, o comunque regolata da stringenti ed inderogabili norme pubblicistiche, risulta chiaro che si assiste a un fenomeno di condizionamento non solo dell'esercizio dei poteri discrezionali, tipici del soggetto pubblico e regolati dal diritto amministrativo, ma anche dell'autonomia negoziale di cui questo è portatore, vincolata com'è alla stretta osservanza delle disposizioni pubblicistiche sin dalle prime fasi in cui si esprime, quali, ad esempio, proprio la ricerca del contraente⁵⁹.

L'obbligo sostanzialmente generalizzato di esperire vere e proprie procedure concorsuali può incidere poi non unicamente sull'individuazione del soggetto concretamente chiamato a svolgere la prestazione, ma anche sui tempi di esecuzione di quest'ultima, sul prezzo offerto e sulle intrinseche caratteristiche tecniche dell'offerta e in definitiva sugli stessi contenuti contrattuali.

Quando le pubbliche amministrazioni stipulano il contratto dopo aver esperito una procedura concorsuale, sono obbligate a utilizzare lo stesso schema negoziale elaborato al momento dell'indizione della gara, unitamente agli altri documenti ed elaborati dell'appalto messi a disposizione dei concorrenti e ciò a prescindere dall'identità del

⁵⁹ P. ROSCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Milano, Ipsoa, 2000, 236.

contraente o dalle caratteristiche dell'offerta risultata vincitrice.

In definitiva, anche in relazione ai metodi di scelta del contraente ed alle conseguenti ripercussioni in tema di autonomia negoziale, la disciplina dettata per le procedure concorsuali, sia ristrette sia aperte, che si contrappongono alla trattativa privata, lascia margini molto esigui all'autonomia della p.a., nel senso che un significativo numero di clausole contrattuali possono risultare predeterminate dalla legge (o dal sistema che la legge ha imposto per la scelta dell'offerta migliore) e diverso, addirittura, può risultare lo stesso aggiudicatario, rispetto a quello che l'amministrazione avrebbe prescelto senza l'esperimento di una ordinaria procedura concorsuale; così come diverso risulta essere ancora il momento in cui si consacra l'incontro delle volontà del committente e dell'affidatario che, a differenza di ciò che avviene tra i privati, è rappresentato dalla aggiudicazione e non piuttosto dalla stipulazione del contratto.

Capitolo terzo

Libia e Turchia

Paragrafo I.

La “formazione” giuridica dei Paesi dell’area Euro-mediterranea

Per il mondo arabo il periodo post coloniale ha rappresentato una fase vivace di acculturazione giuridica, che ha visto la nascita e l’implementazione di modelli di codificazione e di redazione legislativa, secondo quella che viene definita la “formazione” giuridica, fenomeno maggiormente comprensibile in correlazione con lo sviluppo economico e con la mutazione della posizione degli Stati nell’economia⁶⁰.

Lo sviluppo normativo dei paesi analizzati, ha seguito la linea della uniformazione, o meglio, armonizzazione del diritto. Le singole legislazioni da principi e criteri comuni hanno elaborato delle legislazioni specifiche sui settori e tematiche delicate dello sviluppo economico e commerciale di ciascuno Stato (ad es. la *holding companies*, di *commercial agencies*, le c.d. *banking laws*).

Questo fenomeno ha portato alla formazione di alcune leggi modello che ogni Stato ha recepito in tutto o in parte.

Oggi appare più articolata la questione dell’influenza reciproca fra Stati. Ed è evidente l’influenza del diritto uniforme, della c.d. *lex mercatoria* e delle norme internazionali convenzionali e/o pattizie all’interno della normativa di ciascuno Stato⁶¹. Legge modello può essere considerata quella che maggiormente attua una forma di compromesso tra tradizione e modernità, tra rispetto dei principi, seppur formali, del diritto musulmano e gli *standards* esterni, cui molti Stati guardano

⁶⁰ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.

⁶¹ M. PAPA, “I principi generali del diritto nelle codificazioni civili dei Paesi Arabi Mediterranei”, in *Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani nell’area del*

facendo riferimento non soltanto alle norme uniformi, ma anche ad esperienze giuridiche straniere di carattere uniforme, su tutti il diritto comunitario.

Le influenze delle diverse economie, le differenti necessità macroeconomiche di ciascuno Stato hanno generato uno sviluppo della normazione che ha più velocità e che vedono il sorgere di un paese-riferimento o paese-modello differente.

Tutti i paesi, però, hanno elaborato, in questi anni, una legislazione di promozione ed attrazione degli investimenti stranieri che rappresenta, seppure con delle rilevanti diversità normative, un tratto comune di un'area che come obiettivo ha quello di colmare il proprio gap economico, accrescere la propria ricchezza e dare sviluppo alla propria economia.

La capacità di attrazione di investimenti diretti esteri è divenuta nell'ultimo decennio un punto focale delle politiche economiche di molti paesi in via di sviluppo. Tale strategia è basata sulla considerazione che l'afflusso di questi investimenti aumenti il potenziale produttivo del paese, nonché i livelli di produttività. Inoltre, si suppone che il capitale estero possa svolgere un ruolo di stimolo all'attività di investimento locale, sia a monte che a valle della catena produttiva, e di acquisizione, sviluppo e diffusione di tecnologia. In sintonia con tali considerazioni, si è verificato un continuo aumento del peso dei paesi in via di sviluppo sui flussi mondiali di investimenti diretti esteri in entrata, interrotto solo nel 1997-2000, a seguito del propagarsi degli effetti della crisi asiatica. In questo contesto, l'area del Sud del Mediterraneo si evidenzia per la sua debole *performance*, sia su scala mondiale che all'interno dell'area dei paesi in via di sviluppo. Infatti, mentre nell'ultimo decennio il tasso di crescita degli investimenti esteri a livello mondiale è stato costante e molto forte, e, in particolare, di quelli diretti appunto verso i paesi in via di sviluppo, i paesi mediterranei

sembrano essere rimasti al margine di tali processi. Dal punto di vista della dimensione del mercato, è importante fare riferimento all'accordo di Partenariato Euro-Mediterraneo, sottoscritto a Barcellona nel 1995. Attualmente l'iniziativa si è tradotta in accordi di Associazione e in accordi con i paesi dell'Europa centrale e orientale per l'allargamento dell'Unione europea la zona potrà includere quaranta Stati e dai 600 agli 800 milioni di persone. Tale processo di liberalizzazione potrà aumentare l'attrattiva dei paesi mediterranei per gli investimenti dall'estero, ma allo stesso modo sottoporrà l'area alla concorrenza di altri paesi facenti parte della zona menzionata, sia in termini di capacità di attrazione di investimenti, che in termini di competitività cui è necessario puntare. Tuttavia mentre la geografia, la cultura e la lingua favorirebbero una maggiore integrazione regionale, l'assenza di una politica comune e di una programmazione economica su vasta scala ha finora limitato la spinta verso obiettivi condivisi da tutte le identità nazionali dell'area. Il potenziale di integrazione e sviluppo di essa rimane comunque notevole per numerosi motivi, tra i quali un prodotto intero lordo pro-capite notevolmente superiore a quello delle regioni in via di sviluppo e per affinità culturali e linguistiche.

In questa direzione l'Italia, per evidenti ragioni storiche e geopolitiche, è chiamata a svolgere un ruolo da protagonista. Il commercio del nostro Paese con l'area è superiore alla media europea e caratterizzato da una distribuzione geografica più ampia di quella di altri paesi UE, ciò nonostante molto ancora può essere fatto. Per le imprese italiane, anche e soprattutto per quelle piccole e medie, il Mediterraneo si presenta come un'area di grandi opportunità. Le affinità storico-culturali, la progressiva apertura di quei paesi, legata alla creazione di una vasta zona di libero scambio prevista nell'ambito del Partenariato Euro-Mediterraneo, sono elementi in grado di favorire l'incontro e l'avvio di un comune percorso di crescita.

Paragrafo II.

Libia

In Libia così come per molti dei paesi dell'area mediterranea lo sviluppo normativo sembrerebbe aver seguito la linea dell'uniformazione e dell'armonizzazione del diritto.

Il potere in Libia istituzionalmente spetta ai Comitati popolari che sono suddivisi, oltre che sulla base di un criterio geografico, anche sulla base di un principio di competenza.

A capo degli stessi sono posti i Ministri nominati direttamente dal Comitato Popolare Generale, sentite le varie "anime" del popolo libico. Importanza sempre maggiore, a partire dagli inizi degli anni '90, stanno assumendo le *sbaabiat* cioè le "municipalità", nell'ottica di realizzare un sistema di decentramento della complessa, e macchinosa attività burocratica ed amministrativa.

Accanto a questi organi si devono aggiungere i numerosissimi Enti e le Agenzie economiche e commerciali che si occupano di tutta l'attività economica che ruota intorno ad un determinato settore commerciale, collegate sia ai Ministeri ma anche alle municipalità provocando una non facile situazione di impasse e di lentezza dell'intero apparato amministrativo.

L'attuale ordinamento giuridico libico comprende 3 tipi di norme: le norme costituzionali, quelle legislative, e le norme di regolamento.

Con l'abrogazione, nel 1951, della Costituzione entrata in vigore subito dopo l'indipendenza, da parte della Proclamazione costituzionale del 1969 emanata dal Consiglio dei Membri della Rivoluzione, le norme costituzionali vigenti in Libia trovano la loro collocazione giuridico - sistematica in diversi documenti, nella Proclamazione dei poteri del popolo del 1977 e nella Carta Verde per i diritti dell'uomo del 1988. Queste norme sono talmente esigue e scarse da un punto di vista giuridico che risulta impossibile sottoporre gli

atti e le norme legislative ad un effettivo controllo di legittimità costituzionale. Questa anomalia lascia il legislatore libico del tutto arbitro dei contenuti e delle linee guida della produzione legislativa; di conseguenza numerose leggi e norme di legge sono in palese contrasto tra loro ed evidenziano una politica che non segue una linea coerente, ma si conforma alle esigenze del potere.

Per norme legislative si intende l'insieme dei disegni di legge formulati dai Comitati popolari ed approvati dal Comitato Popolare Generale. Nel 1953, dopo l'indipendenza sono stati emanati alcuni codici allo scopo di unificare le norme che disciplinano i diversi campi del diritto.

Il Codice civile che disciplina le obbligazioni, i contratti ed i rapporti di credito, i diritti reali, la proprietà, le servitù, il pegno, l'ipoteca, i privilegi. Il Codice, pur rifacendosi in maniera evidente al modello del Codice civile francese ed italiano, non disciplina le materie relative alla famiglia ed alle successioni, le quali rimangono del tutto regolate da alcune leggi speciali conformi alla *Shari' a*.

Non sono mancati interventi legislativi volti ad adeguare alcune materie del diritto civile e commerciale alla *Shari'a*, come la legge 74 del 1974 riguardante l'inibizione dell'usura e la legge 86 del 1972 concernente l'inibizione dei contratti d'azzardo e la limitazione dei contratti puramente aleatori secondo alcuni adeguamenti dettati dalla *Shari' a*.

2.1 Gli appalti pubblici

L'art. 645 del Codice civile libico stabilisce la natura dell'appalto definendolo quel contratto in forza del quale una delle parti contraenti si impegna a realizzare un lavoro o a prestare un servizio, a fronte della retribuzione che l'altra parte contraente si obbliga a corrispondere.

Per quanto riguarda il rifornimento dei materiali, l'art. 646

afferma che l'appaltatore può decidere di assicurare esclusivamente il suo lavoro, lasciando al committente la responsabilità della fornitura dei materiali che egli utilizza nel compimento dell'opera.

L'appaltatore può, secondo quanto stabilito dall'art. 647, del Codice civile, decidere di provvedere anche ai materiali, oltre che al proprio lavoro, in tal caso assumendosene la responsabilità e garantendo la loro buona qualità al committente.

Quando i materiali sono predisposti dal committente, l'appaltatore si limita alla cura per la loro conservazione, ad usarli con abilità tecnica e a restituire qualsiasi rimanenza o eccedenza.

Se parte dei materiali diventa inadatta all'uso, a causa della negligenza o della mancanza di abilità professionale dell'appaltatore oppure dell'imperizia questi è tenuto a rimborsare al proprietario il valore della merce sulla base del costo di mercato della stessa, ai sensi dell'art. 648 cod. civ..

Ulteriore obbligazione dell'appaltatore è quella di fornire a sue spese, in assenza di diverse pattuizioni contrattuali con il committente, gli attrezzi e gli strumenti necessari per la prestazione del lavoro.

Nel caso in cui l'appaltatore, nel corso dell'esecuzione, realizzi il lavoro in un modo difettoso o contrario all'accordo, il committente può ordinare di sospendere i lavori, per un periodo ragionevole di tempo da lui fissato, in modo da permettergli di modificare le modalità di realizzazione dell'opera.

Se dopo la scadenza di un tale periodo l'appaltatore non ha realizzato l'opera secondo la regola dell'arte, il committente può richiedere la risoluzione del contratto o consegnare le opere ad un altro appaltatore al costo del primo.

La risoluzione immediata del contratto può, tuttavia, essere richiesta senza ritardi, in base all'art 649, cod. civ., quando risulta impossibile la rettifica delle modalità di esecuzione del lavoro.

Il progettista e l'appaltatore sono insieme e separatamente responsabili

per un periodo di 10 anni per la rovina totale o parziale delle costruzioni o di altri impianti permanenti da loro edificati, anche se tale distruzione è dovuta alla struttura del terreno, ed anche se il padrone abbia autorizzato la costruzione difettosa, a meno che, in tal caso, le parti non abbiano tra loro concordato una durata minore delle costruzioni.

La garanzia decennale, che inizia a decorrere dalla data di consegna del lavoro, si estende anche ai difetti nelle costruzioni e nei montaggi che mettono in pericolo la solidità e la sicurezza degli impianti.

Il Codice civile all'art. 652 afferma categoricamente la nullità di ogni clausola contrattuale volta ad escludere o restringere la responsabilità del progettista e dell'appaltatore.

In 3 anni dalla data di distruzione degli impianti o dalla scoperta dei difetti si prescrivono le azioni per far valere tutte le garanzie.

L'appaltatore, ultimati i lavori, li pone a disposizione del committente; questi, appena possibile, provvede al pagamento secondo quanto stabilito.

Nel caso in cui il committente, nonostante formale convocazione e senza causa ragionevole, non ottempera all'obbligo di prendere in consegna gli impianti, questi si riterranno a lui consegnati.

Nel caso in cui nel corso dell'esecuzione del contratto l'appaltatore si renda conto che per ultimare i lavori secondo il programma concordato si eccede considerevolmente il prezzo pattuito, per cause non prevedibili, ha l'obbligo di informare immediatamente il committente dell'aumento del prezzo previsto.

In caso di mancata comunicazione, ai sensi dell'art. 656, cod. civ., l'appaltatore decade dal suo diritto di recuperare le spese ed i costi superiori alla valutazione inizialmente pattuita con il committente.

L'eccesso di spesa, non prevedibile, se risulta essere particolarmente gravoso rispetto al prezzo originalmente stabilito, dà la possibilità al committente di annullare il contratto ed arrestare il lavoro, a condizione che

lo faccia senza ritardo e che corrisponda all'appaltatore il costo del lavoro fino a quel momento eseguito.

Il committente può rescindere il contratto ed arrestare in qualunque momento il lavoro, prima del completamento degli impianti, a condizione che compensi l'appaltatore di tutte le spese per il lavoro eseguito e del profitto che avrebbe realizzato se avesse ultimato i lavori (la Corte ha il potere di ridurre la compensazione dovuta all'appaltatore per perdita del profitto se le circostanze giustificano tale riduzione).

2.2 Il tender

Ogni soggetto, pubblico o privato, che intenda indire una gara d'appalto per l'esecuzione di un determinato progetto deve rendere nota la propria intenzione mediante l'emissione di un documento, noto nella pratica come *tender*, che indichi tutta quella serie di dati atti ad illustrare l'opera agli appaltatori interessati.

L'emissione del *tender* è il primo e fondamentale passo che mette in moto la lunga trafila che porta alla stipulazione di un contratto d'appalto.

Il *tender* deve contenere informazioni circa:

- la procedura di gara che verrà seguita;
- i termini entro i quali devono essere eseguiti i lavori;
- l'indirizzo presso cui depositare le domande di invito a presentare l'offerta e il relativo termine;
- l'indirizzo dell'Ente aggiudicante;
- le lingue da utilizzare per l'offerta;
- gli importi e le modalità per i versamenti da effettuare per ottenere il fascicolo di gara.

La decisione del Comitato generale del popolo n. 263 del 2000 predispose una serie di precetti per regolamentare l'attività degli Enti che intendono indire una gara d'appalto per la stipulazione di contratti

amministrativi.

L'art. 3 di tale decisione qualifica come contratti amministrativi:

- contratti per l'esecuzione di lavori pubblici;
- contratti di fornitura e installazione;
- contratti per il funzionamento e la manutenzione di progetti di pubblica utilità;
- contratti per l'organizzazione di installazioni turistiche e industriali.

Le diverse modalità di gara per la conclusione di contratti amministrativi sono indicati dall'art.10:

- offerta generale: è rivolta a tutti gli appaltatori interessati e mira ad ottenere l'offerta economicamente più vantaggiosa, può essere interna o internazionale;
- offerta limitata: si caratterizza per il fatto la partecipazione è limitata alle persone scelte fra quelle ufficialmente registrate in appositi elenchi;
- trattativa diretta: è effettuata tramite trattative dirette con gli operatori specializzati nel campo degli impianti o degli articoli richiesti, fra quelli registrati nei registri dell'Ente legalmente competente, per poter raggiungere le condizioni contrattuali più favorevoli;
- ordine diretto: è la presentazione diretta agli appaltatori dell'ordine d'acquisto o dell'intento di iniziare un'opera da parte della persona autorizzata dall'Ente amministrativo a stipulare il contratto;
- asta pubblica: è attuata per la vendita di beni tramite offerte di acquisto miranti al raggiungimento del prezzo più alto.

Il passaggio dal metodo di offerta generale ad un altro metodo di contrattazione sarà permesso soltanto per i motivi considerati nella decisione 263 del 2000.

L'offerta limitata, la trattativa e l'asta pubblica, sono ammessi solo nei seguenti casi:

- progetti di investimento e di produzione quali fabbriche, centrali elettriche e simili;

- forniture di servizi tecnici specializzati quali la selezione degli uffici di controllo, di consulenza e di assistenza tecnica per il funzionamento dei progetti;
- impianti e rifornimenti in condizione di monopolio per la manifattura o l'importazione o per quei progetti disponibili soltanto per aziende specifiche;
- altri casi in cui la natura del contratto o i termini per la sua stipulazione si pongono come incompatibili con l'adozione del metodo di offerta generale.

E' compito del Comitato generale del popolo specificare tali casi su richiesta del candidato alla conclusione del contratto.

Nei sopra citati casi l'art. 11 impone anche una serie di obblighi per poter indire gare d'appalto con modalità diverse dall'offerta generale:

- ottenere un permesso per trattativa limitata o diretta dalla relativa Autorità competente;
- invitare per contrarre un numero sufficiente di rappresentanti, aziende o imprese per accertare la trasparenza delle procedure;
- valutare la qualificazione dei soggetti invitati per la presentazione delle offerte, la loro efficienza tecnica e finanziaria, la loro esperienza precedente in progetti simili e la loro buona reputazione;
- i soggetti invitati per la presentazione delle offerte saranno registrati ed otterranno il permesso dall'Autorità competente in conformità con le disposizioni della legge commerciale (legge 65 del 1970) a meno che le aziende e le persone siano invitate conformemente ad un accordo internazionale.

L'art. 13 prevede che l'appalto possa essere aggiudicato mediante ordine diretto solo in alcuni casi:

- casi richiesti per esigenze di emergenza o di sicurezza nazionale; contratti con gli organismi nazionali o governi stranieri in conformità con accordi internazionali;

- casi in cui nessuno abbia partecipato all'offerta generale o limitata;
- acquisto di pezzi di ricambio, medicine o attrezzature mediche;
- acquisto di materiali in situazione di monopolio o disponibili soltanto presso persone specifiche;
- interventi di riparazione e di manutenzione per un importo che non ecceda Ld 50.000,00 (cinquantamila dinari libici) durante un intero anno fiscale. Tali operazioni non saranno divisibili in più di un contratto se lo scopo è di eccedere tale limite.

2.3 La normativa Appalti

La decisione 263 del 2000 del Comitato Generale, all'art. 40 dispone che il periodo necessario per la presentazione dell'offerta sia specificato secondo la natura e l'importanza dell'oggetto del contratto, purché, non sia inferiore a trenta giorni dalla data di pubblicazione del *tender*. Tale periodo può essere ridotto solo con il consenso dell'Autorità competente, a condizione che non sia inferiore a giorni quindici. Il periodo di validità delle offerte presentate, necessario per il loro esame, deve essere il più breve possibile. Il periodo di validità delle offerte per rifornimenti che non necessitano dell'analisi chimica non eccede i trenta giorni a partire dalla data specificata per l'apertura delle buste, fino a raggiungere i quarantacinque giorni per le offerte di fornitura i cui campioni richiedono analisi chimiche.

La decisione riguardo all'offerta viene adottata e comunicata dal Comitato degli appalti all'aggiudicatario prima della scadenza del periodo di validità della stessa. Il Comitato, se ciò non è possibile, chiede agli offerenti, prima della scadenza del periodo, di prolungare il periodo di validità delle loro offerte per il periodo supplementare necessario. All'art. 42 si stabilisce che le offerte generali locali saranno annunciate mediante pubblicazione nei mezzi di informazione locali. Le offerte possono essere anche pubblicizzate tramite una apposita cartolina di avviso al domicilio del soggetto interessato, che ne abbia fatto richiesta

all'Ente committente, il c.d. avviso di previsto appalto. Le offerte internazionali saranno annunciate tramite i mezzi di informazione locali e internazionali. Le rappresentanze libiche all'estero saranno fornite del necessario numero di copie dell'offerta, comprese le specifiche tecniche, le liste delle quantità e dei recapiti per la consegna, per darne effettiva pubblicità ed essere poste a disposizione degli interessati a fronte di un prezzo specificato. L'invito per la partecipazione alle offerte limitate sarà trasmesso a mezzo raccomandata ad un certo numero di aziende o imprese registrate a tal fine presso l'Autorità competente. Gli interessati sono ufficialmente in gara per la fornitura dopo aver acquistato la documentazione contenente le specifiche di gara; tale acquisto deve essere registrato dall'Ente con rilascio di apposita ricevuta.

La lingua inglese è quella più comunemente utilizzata per la presentazione delle offerte, ma è consigliata una traduzione in arabo.

Per quanto riguarda la valuta in cui esprimere le proposte contrattuali, essa varia a seconda della commessa e dell'Ente appaltante, ma le più frequenti sono il dollaro Usa, il franco svizzero e l'euro; deve essere sempre specificata la consistenza dell'importo anche in valuta libica.

L'importo del contratto deve essere espresso in numeri e in lettere, in caso di discordanza prevale la cifra espressa in lettere.

L'art. 2 della decisione 263 del 2000 indica i soggetti abilitati ad indite gare per l'aggiudicazione di appalti, menzionando: le Unità amministrative (Comitati del popolo e altri soggetti o istituzioni pubbliche) e gli operatori privati.

All'interno della categoria dei soggetti pubblici abilitati a concludere tali contratti si ritrovano specialmente le Municipalità, il cui ruolo è stato ampliato da recenti disposizioni di legge e sono ora dotate di un budget autonomo da destinare a progetti di rilevanza locale nell'ambito di un decentramento amministrativo ed economico.

La decisione del Comitato popolare generale 29 del 2001 prevede, però, che i contratti stipulati dalle Shaabiat siano sottoposti all'approvazione

del Comitato popolare generale. Tra i Comitati del popolo si rileva invece la competenza specifica di quei Ministeri il cui operare non può prescindere dall'utilizzo di tali strumenti contrattuali; si ricordano: il Comitato del popolo per gli appalti, per l'economia, per le finanze, per l'agricoltura e le Camere di commercio industriali ed artigiane.

Fanno ampio ricorso alle procedure d'appalto anche le molte società statali impegnate nei diversi campi produttivi, basti pensare al settore chimico e a quello tessile.

Le commesse riguardanti i settori delle costruzioni e progetti infrastrutturali strategici per tutti i settori governativi quali pubblica istruzione, servizi pubblici, sanità, industria, ecc., sono sottoposte alla supervisione del Comitato generale per gli Appalti pubblici.

Il relativo settore governativo richiede l'approvazione, in prima istanza, da parte del Comitato generale del popolo. Una volta concessa l'approvazione da parte del Comitato generale del popolo, la relativa Autorità procede alla pubblicazione del bando di gara attraverso il Comitato centrale per le Gare d'appalto.

Quando il soggetto appaltante è un Ente pubblico, questi deve, ex art. 14 della decisione 263 del 2000, condurre una serie di studi sull'oggetto ed i requisiti del contratto prima dell'inizio delle procedure per l'assegnazione della commessa.

L'Ente è, quindi, chiamato a:

1. specificare attentamente l'oggetto del contratto ed i relativi requisiti;
2. accertarsi che il progetto sia incluso nel programma economico e nel relativo preventivo, specificandone il rapporto con altri progetti nel programma, verificandone la compatibilità con le dotazioni finanziarie del programma e l'adeguatezza di tali ripartizioni per l'esecuzione del progetto;
3. verificare l'esigenza del progetto e l'eventuale presenza di altri

progetti che lo rendono inutile;

4. eseguire studi di fattibilità economica, pratica e sociale per il piano;
5. specificare gli indicatori economici e finanziari, con particolare riguardo ai progetti produttivi e di investimento;
6. compiere i necessari studi tecnici e di ingegneria, compresa la specifica delle dotazioni, impianti, quantità e modalità di esecuzione così come il periodo ed i programmi per la costruzione e le fasi relative;
7. compiere studi finanziari completi per indicare i prezzi e le valutazioni preliminari per il progetto;
8. eseguire studi legali per l'oggetto, le procedure e gli stati del contratto;
9. indicare i soggetti di cui è richiesta l'assistenza per intraprendere gli studi suddetti.

Le risultanze degli studi compiuti dall'Autorità appaltante sono riassunte nella decisione con cui il Comitato generale approva il progetto ed autorizza l'espletarsi delle procedure per l'aggiudicazione e rappresentano le linee guida che l'appaltatore deve seguire nella progettazione della propria offerta.

L'art. 15 della decisione 263 consente al candidato di chiedere, nel rispetto delle specifiche tecniche, l'assistenza di propri organi specializzati o di altri soggetti con esperienza in merito all'oggetto del contratto, nonché di rivolgersi ad appositi uffici di consulenza statali, che forniscono aiuto nello studio delle specifiche contrattuali, previa verifica dei requisiti di idoneità del candidato.

2.4 L'offerta

L'art. 45 della decisione 263 predispone i criteri che l'offerente deve rispettare nella redazione della propria offerta.

Se l'offerente desidera apporre condizioni speciali o fare correzioni a

determinati articoli dell'offerta o delle relative caratteristiche tecniche, deve redigerle in un documento separato da allegare alla propria offerta o trasmettere la correzione proposta al Comitato delle offerte in una lettera separata, a condizione che venga ricevuta prima dell'apertura delle buste.

Qualsiasi correzione fatta diversamente o trasmessa dopo l'apertura delle buste non sarà considerata.

Chi redige l'offerta è tenuto a specificare chiaramente i prezzi in valuta libica, nella somma forfetaria totale per il contratto interno o sulla base di prezzi di unità moltiplicato per il numero di unità richieste o per la quantità indicata nel capitolato d'appalto, come specificato nel *tender*.

Quando le contrattazioni intervengono con aziende straniere, i prezzi possono essere scritti anche in valuta estera a margine di quella libica.

In quest'ultimo caso, il tasso di cambio per tale valuta estera rimarrà costante per tutta la durata delle trattative e dell'esecuzione del contratto al giorno di apertura delle buste.

Il prezzo deve comprendere i costi dei rifornimenti, le spese di trasporto, imballaggio, carico, scarico ed assicurazione delle merci, consegna al contraente e spese di manutenzione durante il periodo di garanzia, compresi diritti doganali, imposte sul reddito ed altre tasse ed importi da pagare da parte dell'appaltatore.

I prezzi devono essere scritti in numeri e in lettere in lingua araba.

Se v'è differenza, prevarrà il prezzo indicato in lettere.

Non sono permesse omissioni o cancellature nelle liste dei prezzi e per eventuali correzioni occorre riscrivere in figure e in lettere e apporvi accanto la propria firma.

Occorre specificare il prezzo di ogni articolo sulla base di prezzi per unità, indicati in una tabella contenente le specificate quantità, qualità, misure.

Il calcolo di tutti i prezzi deve essere effettuato sulla base di un criterio che permetta di eseguire un confronto.

L'acconto finale sarà preparato secondo i tassi accordati,

indipendentemente da ogni aumento o diminuzione nei prezzi di mercato, nei tassi di cambio di valuta, nelle tasse delle tariffe doganali o in altre tasse.

La legge prevede che non verranno prese in considerazione offerte che specificano la lista dei prezzi in base ad una riduzione percentuale dei prezzi dell'offerta più bassa presentata.

Nelle offerte per i lavori pubblici, se l'offerente omette di specificare il prezzo di qualunque articolo, il comitato delle offerte ha il diritto di calcolare per l'articolo omesso la valutazione più alta data nelle altre offerte presentate per il confronto.

Le forme di presentazione dell'offerta sono disciplinate dall'art.46 che stabilisce che la proposta deve essere scritta sull'atto di candidatura rilasciato e timbrato dall'Ente e segnato con il numero della ricevuta per il pagamento del relativo prezzo e data.

L'offerta deve essere firmata dall'offerente senza alcuna forma di autorizzazione e messa all'interno di una busta da chiudere e sigillare con cera rossa.

Tale busta deve essere posta in un'altra busta, intestata con nome e indirizzo del comitato competente, indicante la frase "all'interno si trova un'offerta per... sessione.." e deve essere inviata a mezzo raccomandata postale.

In caso di appalti di fornitura, le offerte presentate devono essere conformi alle specifiche, illustrazioni e modelli campione approvati dall'Ente appaltante e contenuti nella documentazione allegata al *tender*.

La presentazione dell'offerta sarà considerata come dichiarazione resa dall'offerente di aver preso conoscenza di tali istruzioni e di essere interessati alla fornitura.

L'Autorità appaltante può, nell'avviso d'appalto, dichiararsi disposta all'esame di articoli, non rispondenti alle specifiche fornite nel *tender*, che gli offerenti vogliono suggerire. L'appaltatore che intenda eseguire la fornitura con materiali difformi dovrà, quindi, unitamente alla propria

offerta, inviare dei campioni dei beni proposti affinché vengano testati e analizzati e valutato che siano idonei e conformi alle specifiche richieste. Qualora i materiali non siano approvati, devono essere ritirati entro 2 settimane dalla data della lettera registrata contenente il rifiuto, altrimenti diventeranno di proprietà dell'Ente.

Nei documenti allegati al *tender*, gli elenchi delle forniture devono essere compatibili con le specifiche standard libiche.

Dovranno essere evitati riferimenti a descrizioni, numeri distintivi o a marchi riferibili a specifiche aziende in gara, a meno che non si tratti di merci di produzione locale.

L'offerta deve essere consegnata entro la data specificata nell'avviso; se presentata oltre tale tempo non verrà considerata, qualunque siano i motivi del ritardo.

Il Comitato delle offerte può pubblicare, prima o dopo la data di scadenza, una decisione motivata per l'estensione del periodo di validità qualora:

- ritenga che il numero di offerte presentate sia esiguo alla luce dell'importanza del progetto;
- se ne fanno richiesta la maggior parte delle imprese invitate all'offerta o tantissime altre aziende desiderose di partecipare;
- se nuovi sviluppi/circostanze relative al progetto rendono necessaria l'estensione della data.

Tale decisione sarà pubblicata prima di iniziare l'apertura delle buste, specificherà il nuovo periodo supplementare ed annuncerà l'estensione della data negli stessi mezzi in cui l'offerta è stata annunciata.

Se l'ultimo giorno del periodo di validità per la presentazione di offerte coincide con una festa ufficiale esso sarà prorogato fino al giorno successivo alle festività.

La decisione 263 del 2000, all'art. 51, stabilisce un obbligo di validità delle offerte, stabilendo che saranno vincolanti per l'offerente fino alla conclusione del periodo specificato per la validità delle offerte, indipendentemente dalla data della relativa ricevuta da parte del Comitato

delle offerte.

Il *bid bond*, cioè un deposito preliminare deve accompagnare l'offerta, in caso di gara con offerta generale, limitata o per asta pubblica, diversamente non verrà presa in considerazione.

Tale deposito ha la funzione di garantire all'Ente il serio interesse dell'appaltatore a partecipare alla gara, fornendo una promessa formale dell'intenzione di firmare il contratto qualora la sua offerta venga accettata.

Il *bid bond* rappresenta l'impegno, assunto dalla Banca emittente, di pagare al beneficiario una somma determinata nel caso in cui l'aggiudicatario rifiuti o non sia in grado di adempiere alle proprie obbligazioni. Ha lo scopo di evitare che vengano presentate offerte da parte di aziende che non dispongano di sufficienti mezzi finanziari o di adeguate capacità tecniche per far fronte al contratto.

Qualora l'offerente ritiri la propria offerta prima della data specificata per l'apertura delle buste, il deposito preliminare diventerà di proprietà dell'Ente, l'importo sarà specificato nell'avviso di appalto e nei documenti ad esso allegati, di norma sì, assesta intorno al 5% del valore del contratto.

Il deposito può essere anche sotto forma di somma forfetaria da specificarsi nel tender.

Il versamento può avvenire in denaro o con assegno certificato dalla Banca operante in Libia o con una lettera di garanzia; in quest'ultimo caso l'ammontare non deve essere inferiore a 20 dinari libici..

Il *bid bond* viene emesso con una validità limitata, generalmente per qualche mese, ma ove il termine per la presentazione delle offerte venga prorogato, viene automaticamente prorogata anche la validità della garanzia.

Il *bid bond* si estingue, oltre che per scadenza del termine, a seguito della prova della stipulazione del contratto o in caso in cui il beneficiario dichiari espressamente che non intende aggiudicare il contratto.

Tale garanzia può essere escussa solo in caso in cui il concorrente aggiudicatario non faccia fronte agli impegni derivanti dall'accettazione dell'offerta.

2.5 L'apertura delle buste

Le procedure di apertura delle buste sono regolamentate dalla decisione 263 del 2000 per tutte le commesse pubbliche, mentre sono disciplinate nei documenti del tender o secondo gli usi nelle contrattazioni tra privati.

Al domicilio del Comitato delle offerte viene posta una scatola per la presentazione delle buste contenenti i preventivi.

La sua feritoia di entrata è progettata per impedire l'estrazione del contenuto e solamente due persone hanno la chiave che ne permette l'apertura: il Capo del Comitato delle offerte ed il Segretario di tale Comitato.

Il Segretario del Comitato delle offerte, in base all'art. 59, registra le offerte ricevute tramite posta e le mette nella scatola prima della data specificata per l'apertura delle buste.

Il Comitato delle offerte aprirà la scatola a mezzogiorno del giorno specificato per l'apertura delle buste.

Dopo l'accertamento dell'integrità di bolli e timbri, le buste saranno numerate in serie per essere, poi, aperte una dopo l'altra.

Le offerte e le relative buste aperte saranno ulteriormente classificate mediante l'assegnazione di un numero in forma di frazione, il cui numeratore è il numero di serie dell'offerta mentre il denominatore è il numero complessivo di offerte presentate.

Sarà poi data lettura del nome dell'offerente e del valore totale della relativa offerta, in modo da darne conoscenza a tutti gli interessati, garantendo al contempo la trasparenza delle operazioni.

Su ogni offerta verrà poi annotato con inchiostro rosso l'importo versato a

titolo di garanzia

Il Capo del Comitato e i relativi membri firmano le offerte, le relative buste ed ogni allegato.

Il tutto viene verbalizzato in un apposito registro (art. 60).

Il Comitato delle offerte redigerà una lista dei nomi dei fornitori che hanno versato regolarmente il deposito preliminare (c.d. short list) e una per coloro che lo hanno presentato carente, non nelle dovute forme o non hanno adempiuto a tale onere.

Essere inclusi nella prima lista è decisivo per la prosecuzione della gara.

La seconda selezione operata dall'Ente appaltante per il tramite del proprio Comitato, richiede, quindi, una situazione finanziaria solida e capace di effettuare trasferimenti di denaro, a volte anche ingenti, nei ristretti tempi concessi per proporre le offerte.

I depositi saranno trasmessi alla segreteria del Comitato che firmerà per la ricevuta nei verbali dell'apertura delle buste e le registrerà in un apposito registro speciale.

2.6 La valutazione delle offerte

La decisione 263 del 200, all'art. 74, detta i criteri adottati dal Comitato nella valutazione delle offerte.

Il contratto sarà assegnato a chi avrà presentato la proposta più bassa fra tutte quelle non escluse.

Il Comitato può, però, aggiudicare l'appalto al candidato che sottoponga l'offerta migliore, anche se non al prezzo più basso, che presenti forti riferimenti all'interesse pubblico, in particolare, seri e influenti fattori riguardanti la natura degli impianti e la loro realizzabilità e valore come il fatto di richiedere una minor percentuale di importazioni straniere o di offrire condizioni contrattuali migliori o di garantire un periodo più corto per l'esecuzione o, ancora, di essere migliore in termini di efficienza, di qualità, di reputazione e di esecuzione; inoltre, l'offerta migliore non

deve presentare una sensibile differenza nei prezzi rispetto l'offerta più bassa.

Il Comitato indicherà chiaramente, nei verbali di riunione e nella decisione, i motivi per cui il contratto è stato assegnato ad un offerente diverso rispetto a quello che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa. Qualora la proposta contrattuale recante il prezzo più basso sia accompagnata da riserve o condizioni, il Comitato può negoziare con il suo offerente affinché questi ritiri, interamente o parzialmente, tali riserve per rendere la propria offerta quanto più possibile compatibile con le condizioni dell'appalto.

In caso di fallimento delle trattative, gli offerenti successivi in ordine di prezzo verranno contattati dal Comitato per eliminare eventuali condizioni o per cercare di ottenere riduzioni di prezzo in quelle offerte alte ma prive di tali clausole.

Sono vere e proprie trattative commerciali tra l'Ente appaltante e i candidati iscritti nella short list, alla ricerca di un miglioramento, in termini di economicità, delle offerte sottoposte. L'aspirante appaltatore che si dimostri maggiormente disposto a rivedere i propri preventivi avrà sicuramente buone possibilità di aggiudicazione.

Se nessun offerente si mostra aperto alla trattativa, il Comitato può decidere di rinnovare il bando, rifondere i versamenti effettuati dalle parti ed indire una nuova gara. La negoziazione mira a definire i prezzi, i tempi, le modalità di fornitura, gli eventuali sconti praticati e le penali apposte dalle parti: le risultanze di tali attività sono incluse in un documento detto "bozza di intenti" che rappresenta una specie di precontratto, non legalmente vincolante, ma fondamentale per la definizione dettagliata dell'oggetto del futuro contratto.

Nell'assegnazione del contratto (art. 72) verrà accordata la priorità, a parità di requisiti e di prezzi, alle compagnie nazionali e, in secondo luogo, alle joint venture di controllo libico.

Se i preventivi si equivalgono per prezzi e caratteristiche, le quantità o gli

impianti oggetto dell'appalto possono essere divisi fra gli offerenti interessati anche ad una fornitura parziale (art. 76).

Se l'offerente della proposta più bassa richiede lunghi termini di consegna, incompatibili con le necessità del progetto, il contratto può essere firmato con l'offerente migliore successivo per la più piccola quantità di lavoro richiesta nel periodo antecedente alla consegna da parte dell'aggiudicatario delle quantità restanti.

L'Ente appaltante informerà coloro le cui offerte sono state accettate del risultato delle valutazioni compiute, entro il termine massimo di una settimana a partite dalla data di approvazione di tali conclusioni.

L'avviso includerà la richiesta all'aggiudicatario di depositare la garanzia di esecuzione entro il periodo specificato, passo preliminare alla firma del contratto.

Il deposito preliminare (*bid bond*) sarà rimborsato, senza interessi, agli offerenti non aggiudicatari, dopo scadenza del periodo specificato per la validità delle offerte.

Il deposito preliminare, inoltre, sarà rimborsato al relativo fornitore, prima della scadenza di detto periodo, se la garanzia di esecuzione è raccolta immediatamente dall'assegnatario.

Il deposito monetario sarà rimborsato dietro presentazione della ricevuta di consegna e la lettera della garanzia sarà restituita alla Banca⁶² di emissione.

2.7 Performance bond

Entro 30 giorni dal giorno successivo alla notifica dell'accettazione

⁶² P. GRECO, *Il diritto commerciale nella Jamahiriyya libica, le recenti evoluzioni normative*, a cura del Centro Interdipartimentale Scienze dell'Islam (Cisdi) - Università di Bologna e Camera di Commercio paritetica Italo-Libica, 2006.

della propria offerta tramite lettera registrata, l'aggiudicatario deve depositare una garanzia di esecuzione finale, il *performance bond*, pari al 2%, del valore se si tratta di opere pubbliche, o al 10% del valore, se si tratta di altri tipi di appalti.

Come per il *bid bond*, anche questa garanzia viene normalmente rilasciata da una Banca estera, corrispondente della Banca ordinante, che ha sede nel paese in cui risiede il beneficiario.

L'originario *bid bond* preliminare dovrà, quindi, essere proporzionalmente aumentato fino a raggiungere l'entità corretta per essere considerato *performance bond*.

Il *performance bond* è l'impegno rilasciato da una Banca (garante) a richiesta di un fornitore di beni/servizi (ordinante) al committente (beneficiario) per mezzo del quale il garante si impegna, nel caso l'ordinante non esegua correttamente il contratto, ad effettuare un pagamento al beneficiario nei limiti di una somma di denaro stabilita o, se la garanzia lo prevede, a procurare l'esecuzione del contratto.

Il *performance bond*, valido per tutta la durata del contratto, ha lo scopo di fornire all'Ente appaltante la garanzia in merito alla corretta esecuzione dell'opera.

Se non è indicata una data ultima entro cui presentare al garante la richiesta di escussione, essa è ritenuta fissata in 6 mesi dalla data indicata nel contratto per il completamento dell'opera, oppure in 1 mese dopo la scadenza di ogni periodo di manutenzione previsto nel contratto, se tale periodo di manutenzione è espressamente coperto da tale garanzia.

Se il beneficiario dichiara espressamente che non intende assegnare l'appalto, cessa la validità della suddetta garanzia.

Il *performance bond* non copre gli oneri a cui l'Ente appaltante va incontro a causa della rescissione del contratto: spese per indire una nuova gara, ritardi nell'esecuzione dell'opera, ecc..

Il concetto di "buona esecuzione" non è sempre di facile interpretazione, poiché si presta a valutazioni di carattere soggettivo, effettuate dall'organo

appaltante.

Nei contratti che prevedono la semplice consegna di merci, la buona esecuzione si limita alla consegna di beni conformi a quelli pattuiti; nei contratti che prevedono l'esecuzione di lavori, invece, il concetto è più complesso poiché si estende al vaglio della loro congruità e buon funzionamento.

Per evitare escussioni arbitrarie o in mala fede, sono spesso inserite clausole riguardanti il controllo esterno dell'esecuzione del contratto o l'obbligo di motivazione della domanda di escussione.

La garanzia di esecuzione non sarà raccolta, qualora l'appaltatore riesca a fornire, nel termine di 30 giorni assegnati per versare la garanzia, tutta la merce stabilita nel contratto.

Se la consegna è effettuata parzialmente ed il prezzo degli articoli trasportati è sufficiente a coprire il valore della garanzia di esecuzione, i beni saranno trattenuti come *performance bond* fino alla conclusione del contratto

Le compagnie nazionali e le joint venture controllate da libici possono essere esentate dalla presentazione del *bid bond* e del *performance bond*, in virtù di una statuizione in tal senso compiuta dall'Ente aggiudicatario, nell'evidente tentativo di favorire l'economia nazionale.

Se la garanzia di esecuzione è fornita mediante lettera della garanzia, essa sarà valida per il periodo che parte dalla data della sua emissione fino alla data della consegna finale degli impianti o fino al completamento effettivo dell'oggetto del contratto secondo le condizioni pattuite.

L'importo verrà trattenuto, nella sua interezza, per tutta la durata dell'esecuzione del contratto e alla consegna dei lavori verrà restituito in un'unica soluzione o in più rate o verrà girato ai creditori dell'appaltatore.

Qualora l'appaltatore sia stato incaricato per l'attuazione di ulteriori impianti o per la fornitura di rifornimenti supplementari rispetto a quelli

originariamente stabiliti, una parte della garanzia di esecuzione, proporzionale al valore dei lavori aggiuntivi, sarà mantenuta sotto forma di nuovo *performance bond*.

Se l'aggiudicatario si astiene dal fornire la garanzia di esecuzione e dalla firma del contratto entro il periodo specificato, l'Ente appaltante annullerà l'assegnazione e confischerà il deposito preliminare, tramite il semplice recapito di una lettera raccomandata, senza l'esigenza di porre in essere alcuna procedura o ricorrere a controversie legali.

L'Ente può, inoltre, cancellare il nome dell'appaltatore dal registro dei fornitori qualificati per la realizzazione di impianti o di rifornimenti e informare di tale decisione anche l'organo preposto alla tenuta dei registri commerciali perchè, a sua volta, provveda alla rimozione del nominativo.

In caso di annullamento del contratto, il Comitato delle offerte si rivolgerà al contraente successivo nella graduatoria, accettandone la relativa proposta.

Paragrafo III.

Turchia.

La Turchia è un paese di *civil law*, con un sistema legislativo che deriva principalmente dagli ordinamenti giuridici di Svizzera, Italia e Francia.

Al primo posto della gerarchia delle fonti si colloca la Costituzione turca, seguita dai codici e dalle leggi.

In Turchia la materia degli appalti pubblici è disciplinata da due principali leggi⁶³: la legge n. 4734 sugli appalti pubblici (*Public Procurement Law - PPL*); legge n. 4735 sui contratti di appalto (*Public Procurement Contract Law - PPCL*).

La legge n. 4734 del 4 giugno 2002 (PPL) è entrata in vigore il 1° gennaio 2003 ed è stata successivamente modificata con le leggi: n. 4761

⁶³ http://www.ihale.gov.tr/Yayinlar_Dokumanlar/dokumanlar_english.htm.

del 12 giugno 2002, n. 4964 del 30 luglio 2003, n. 5020 del 12 dicembre 2003, n. 5148 del 27 aprile 2004 e n. 5226 del 14 luglio 2004.

Con regolamenti successivi, sono stati espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della PPL, alcune tipologie di imprese pubbliche (quali imprese statali operanti in specifici settori) o i contratti relativi a specifiche attività.

La legge sugli appalti pubblici è composta da 70 articoli e regola dettagliatamente tutte le fasi della procedura di aggiudicazione, ad eccezione della conclusione e della risoluzione dei contratti di appalto, materia questa disciplinata dalla PPCL.

La PPL si applica agli appalti di lavori e di fornitura di beni e di servizi. Le concessioni sono invece escluse dall'ambito di applicazione.

L'art. 5 della legge individua i principi fondamentali che regolano la materia degli appalti. In tal senso, l'affidamento e l'esecuzione dei lavori pubblici deve garantire la qualità delle prestazioni e deve svolgersi nel rispetto dei criteri di economicità e tempestività. L'affidamento deve, inoltre, rispettare i principi di trasparenza, libera concorrenza, parità di trattamento, affidabilità e pubblicità.

La legge sugli appalti disciplina i diversi tipi di procedure di scelta del contraente.

Sono infatti previsti:

- la procedura aperta;
- la procedura ristretta;
- la procedura negoziata;
- la negoziazione privata;
- la procedura speciale per l'affidamento dei servizi di consulenza.

Gli articoli 18 e seguenti della legge, disciplinano i casi in cui è possibile fare ricorso alle diverse tipologie di procedure di contrattazione, individuandone presupposti, condizioni e modalità di svolgimento.

La legge specifica che, per garantire la correttezza e la trasparenza, deve

farsi preferibilmente ricorso alla procedura aperta, mentre le altre procedure possono essere utilizzate solo in presenza di determinate condizioni e presupposti previsti dalla legge.

L'art. 24 della PPL disciplina il contenuto dei bandi e la procedura per la qualificazione degli offerenti, indicando, all'art. 10, i requisiti di idoneità professionale, tecnica e finanziaria necessari per l'ammissione alla gara.

La legge, oltre ad elencare la tipologia delle società escluse dalla partecipazione alle gare pubbliche, prevede all'art. 11, l'esclusione per quei soggetti che direttamente o indirettamente, anche in veste di subappaltatori, si trovino in stato di fallimento, siano stati condannati per reato di bancarotta fraudolenta e siano interdetti anche temporaneamente dal contrattare con la pubblica amministrazione.

La legge regola, inoltre, le modalità di pubblicazione dei bandi ed il loro contenuto, i termini di presentazione delle offerte, la forma ed il contenuto delle domande di partecipazione e le garanzie richieste a corredo dell'offerta.

Indica, inoltre, gli elementi di valutazione delle offerte e i criteri di scelta dell'offerta migliore.

Quindi, il criterio principale indicato dalla legge è quello del prezzo più basso.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa può essere applicato solo nei casi eccezionali tassativamente previsti dalla legge.

La legge n. 4735 sui contratti di appalto (PPCL), è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 22 gennaio 2002, ed è stata successivamente modificata con legge n. 4964 del 30 luglio 2003.

La PPCL, è composta da 41 articoli, definisce le tipologie di contratti ammissibili nelle gare pubbliche e individua, all'art. 7, le informazioni e i dati che devono essere obbligatoriamente indicati nei contratti.

Gli artt. 12, 13 e 14 della legge disciplinano la garanzia bancaria richiesta all'aggiudicatario della gara, a garanzia dell'esecuzione della

prestazione definita dal contratto.

Gli artt. 15 e 16 regolano, rispettivamente, le ipotesi di modifiche ai contratti stipulati e i casi di cessione a terzi dei contratti stessi.

Le ipotesi di risoluzione del contratto, nonché i provvedimenti e gli obblighi conseguenti, sono invece disciplinate dagli artt. 16 e seguenti della legge.

E' opportuno sottolineare che, nonostante non avesse nessun obbligo di recepimento delle direttive europee, la Turchia, a fronte della auspicata ma non avvenuta adesione, ha tentato e tenta ad allineare la propria legislazione interna con quella europea.

Restano ancora numerose difformità, tra le quali si segnalano: i requisiti per la scelta del contraente a mezzo procedura negoziata e trattativa privata, i limiti dell'utilizzo della procedura ristretta, le specifiche tecniche, le modalità di pubblicazione del bando di gara e i criteri di scelta del migliore offerente.

Alcune procedure di scelta del contraente previste a livello europeo, come il dialogo competitivo e l'asta elettronica, non sono state ancora implementate.

3.1 L'autorità di Vigilanza

L'Autorità per la vigilanza sugli appalti pubblici è l'organo deputato alla vigilanza ed al controllo dei contratti pubblici⁶⁴ di lavori, servizi e forniture, previsto e disciplinato dalla PPL.

Si tratta di un organo deputato a garantire il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, nonché il rispetto delle regole di concorrenza nelle singole procedure di gara.

L'Autorità è un organo indipendente e gode di autonomia finanziaria,

⁶⁴ www.kik.gov.tr.

amministrativa e organizzativa.

E' composta da 10 membri, tra cui il presidente dell'Autorità, che viene scelto dal Consiglio dei Ministri.

I membri restano in carica 5 anni e non possono essere rieletti né essere revocati prima della scadenza del termine, salvo nei casi espressamente previsti dalla legge.

Oltre a svolgere i compiti espressamente previsti da altre norme, l'Autorità:

- vigila sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare vigente;
- emana circolari e chiarimenti;
- pubblica il Bollettino degli appalti pubblici;
- predispone una relazione annuale sull'attività svolta;
- esercita i poteri sanzionatori ad essa attribuiti.

3.2 Normative

LAW ON PUBLIC PROCUREMENT CONTRACTS

Law No: 4735

Approval Date: 05.01. 2002

Official Journal Date/No: 22.01.2002/ 24648

Law No: 4964

(Law on Amendments on Some Laws)

Approval Date: 30.07. 2003

Official Journal Date/No: 15.08.2003/ 25200

CHAPTER ONE

General Provisions

SECTION ONE

Purpose, Scope, Definitions, and Principles

Purpose

ARTICLE 1.- The purpose of this Law is to establish the principles and procedures that pertain to making and implementing public procurement contracts under Public Procurement Law.

Scope

ARTICLE 2.- This Law shall apply to contracts concluded as result of tender processes carried out by public entities and institutions subject to the Law on Public Procurement in accordance with the provisions of the said Law.

Definitions

ARTICLE 3- The definitions as stated in the Law on Public Procurement shall apply in implementation of this Law.

Principles

ARTICLE 4- In contracts to be made pursuant to this Law, no provisions may be included in a contract contrary to the tender documents.

Contract provisions shall not be amended, nor shall supplementary contracts be made, other than the cases specified in this Law.

The parties to public procurement contracts made under this Law shall have equal rights and obligations in implementing the contractual provisions. Any articles contrary to this principle shall not be included in provisions *of* either the tender documents or contracts. This principle

shall be kept in view in any interpretation of this Law as well as in its implementation.

SECTION TWO

Contract Making

Form Contracts

ARTICLE 5- Form contracts shall be published in the Official Gazette in order to assure uniformity in implementation of this Law in connection with procurement of goods, services, and works.

(Annexed: 4964/Article 42) Any contracts to be made by the contracting entities shall be drawn up in accordance with the provisions of the form contract. In procurements of goods and services the contracts customarily prepared by tenderers may be used provided that those contracts are not contrary to the provisions of the form contracts and Authority approves.

Contract Categories

ARTICLE 6- Consequent to tender processes carried out in accordance with the Law on Public Procurement, contracts shall be made in various categories as stated below:

a) In procurement of works; turn key lump-sum contracts shall be made over the total tender price for the entire work proposed by the tenderer on the basis of application projects and site lists thereof.

b) In procurement of goods or services; lump-sum contracts shall be made over the total tender price proposed by the tenderer for the entire work, the detailed specifications and quantities of which are pre-determined by the contracting entity.

c) Unit price contracts shall be made over the total price calculated by multiplying the quantity for each work of item specified in the schedule

prepared by the contracting entity, with unit prices proposed by the tenderer for each corresponding work of item, on the basis of, preliminary or final projects and site lists thereof along with unit price definitions in procurement of works whereas on the basis of detailed specifications of the work involved in procurement of goods or services.

Matters That Must Be Covered In the Contracts

ARTICLE 7.- It shall be mandatory to cover the issues listed below in the contracts to be made under this Law:

- a) Title, specification, category and quantity of work; description of work in procurement of services.
- b) Name and address of the contracting entity.
- c) Name or business title and address for notification of the contractor.
- d) Information on sub-contractors, if any, and their obligations.
- e) Price, category and duration of contract.
- f) Terms and place of payment; amount and place of advance payment, if any.
- g) Method of payment of price difference, if any, for business under contract.
- h) Statement of cost items that are to be included in the contract price from among transportation, insurance, taxes, duties and charges payable.
- i) Statement of the parties that would pay for cost items from among taxes, duties, and charges payable and other expenses under the contract.
- j) Terms and conditions concerning such auxiliary services as installation, commissioning, training, repair-maintenance, and spare parts.

- k) Amount of performance security and conditions pertaining to returning of it.
- l) Guarantee periods, where any is required, and any conditions pertaining to such guarantee.
- m) The place of performance, and procedure and conditions of delivery and receiving.
- n) Penalties applicable in case of delays.
- o) **(Amendment: 4964/Article 43)** Force majeure and conditions for granting time extensions, mutual obligations in work increases and decreases which may be made under the scope of the contract
- p) Conditions pertaining to control, inspection and acceptance procedures.
- r) In procurement of works; conditions pertaining to insurance coverage of works and works site along with control of works and construction liability.
- s) Conditions pertaining to amendments of contract.
- t) Conditions pertaining to termination of contract.
- u) Contractor's liability pertaining to personnel in which the contractor would employ under the contract..
- v) Statement that all documents included in the tender documents are attachment to contract
- y) Resolution of disputes.

CHAPTER TWO

Contract Implementation

SECTION ONE

Price Difference, Insurance, Force Majeure, Control, Inspection and Acceptance Procedures

Eligibility for Price Difference

ARTICLE 8.- Council of Ministers, upon recommendation of The Public Procurement Authority, shall have the authority to establish the principles and procedures governing payment of price differences for different contract categories.

Any principles or procedures stated in a contract concerning payment of price difference shall not be amended after the contract has been signed.

Insurance Coverage of Works and Works Site

ARTICLE 9.- In works contracts; the contractor shall be obliged to take out insurance for all kinds of equipment at works site including any machinery for construction or service along with any materials, vehicles, and facilities as well as completed portions of works against natural disasters such as earthquake, flood, land-slide, storm, fire, and other risks such as theft and sabotage, with such insurance coverage to be valid from the date of commencement of construction to the date of final acceptance, depending on the properties and characteristics of the works involved, as stated in the tender documents.

Force Majeures

ARTICLE 10.- Circumstances that may be considered as force majeure shall be as stated below:

- (a) Natural disasters.
- (b) Legal strikes.
- (c) Epidemic cases.
- (d) Announcement of partial or general mobilization.
- (e) Other similar circumstances that may be determined by the Authority when necessary.

For the contracting entity to be able to accept any of the circumstances stated above as force majeure, including cases of time extension and contract termination; it shall be absolutely necessary that the concerned case did not arise from the contractor's fault, that it constituted an

obstacle in fulfilling the contractual obligations, that the contractor could not afford to remove such obstacle, that the contractor has notified the contracting entity in writing within twenty days as of the date which the force majeure has occurred, and that it has been documented / certified by competent authorities.

Control, Inspection, and Acceptance Procedures

ARTICLE 11- Inspection and acceptance commissions consisting of at least three persons to be formed by the contracting entities shall perform inspection and acceptance procedures on delivered goods, services or works or on completed work. Inspection and acceptance procedures shall not be performed unless the goods or any work done has been delivered to the contracting entity by the contractor.

However, where there is a relevant provision in the contract; the related contracting entity may perform inspections in certain stages and intervals on works requiring production or manufacturing processes, for purposes of determining whether such processes are being carried out in compliance with the quality and specifications set forth in tender documents, with the condition that such inspections shall not in anyway relieve the authorities and responsibilities of inspection and acceptance commissions.

Partial acceptance may be done for the parts that have been completed under the contract and that are available for use independently.

SECTION TWO

Provisions Concerning Performance Security

Supplementary Performance Security

ARTICLE 12.- (Amendment: 4964/Article 44) In contract awards involving price difference, supplementary performance security shall be obtained in the amount of 6 % of the price difference to be paid; and in

cases where the contract price has increased, a supplementary performance security which amounts to 6 % of the increased value shall also be obtained over assets acceptable as security. Supplementary performance security calculated over the price which to be paid as price difference may also be obtained through deductions from remunerations.

Returning of Performance Security and Supplementary Performance Security

ARTICLE 13.- Once it has been determined that the contractual obligations have been fulfilled in accordance with provisions of contract and tender documents and that the contractor is not involved in debt to the contracting entity in any way in connection with the concerned contract, the performance security and supplementary performance security, if any, shall be returned as follows:

(a) In works, half of the performance security shall be returned following elimination of the deficiencies and errors, if any, and the approval of minutes of provisional acceptance, and the remaining portion shall be returned upon furnishing of a document from Social Security Institution which certifies having no further connection with and after the minutes of final acceptance has been approved.

(b) In contracts other than works, once it has been determined that a document from the Social Security Institution which certifies having no further connection with has been submitted; half of the performance security shall be returned in cases where a guarantee period has been envisaged for goods received or work performed and the remaining half shall be returned upon expiration of such guarantee period, while the entire performance security shall be returned in cases where no period of guarantee has been envisaged.

In case the contractor's debts to the contracting entity or Social Security Institution or taxes owed on wages or payments considered as wages have not been paid until the date of final acceptance in works contracts, and until the date of final acceptance or the date of expiration of guarantee period, if any, in contracts other than works; the performance security shall be converted into money without need for filing protest or obtaining writ and such amounts shall be held against the debts, and remaining amount, if any, shall be returned to the contractor.

In case the subject of the contract involves off-the-shelf goods, obtaining a document from Social Security Institution certifying no binding relations shall not be required.

Securities Not Returned

ARTICLE 14.- In cases where a deduction pursuant to Article 13 does not need to be made; any letters of guarantee furnished as performance security and not yet returned due to lack of a request (from the contractor) despite a written notice from the contracting entity, within two years counting from the date of approval of minutes of final accounts and final acceptance in works contracts, and from the date of acceptance or the date of expiration of guarantee period, if any, in other contracts; such letters of guarantee shall become void and returned to the issuing bank. Securities in forms other than letter of guarantee shall be credited to Treasury as revenue at the end of their terms.

SECTION THREE

Contract Amendments, Assignment and Termination of Contract

Contract Amendments

ARTICLE 15.- The contract provisions on matters as stated below may be amended after contract signing , provided that the contract price is not exceeded and that the contracting entity and the contractor mutually agree:

- a) Location of performance of work or place of delivery.
- b) Duration of work and conditions of payment in accordance with such duration provided that it is completed or delivered before its time (as originally specified in the contract).

Assignment of Contract

ARTICLE 16.- A contract may be assigned to third parties where absolutely necessary and with written permission from the contracting officer. However, it shall be mandatory for such third parties to take over (the contract) possess the qualifications as originally specified in the tender process. Furthermore, contract assignments other than those effected consequent to change of business title or charter, a contractor having assigned a contract may not assign or take over still another contract for a period of three years counting from the date of such assignment of contract. Any contracts assigned without due permission, as well as contracts assigned or taken over within three years following the assignment date shall be terminated and provisions of Articles 20, 22, and 26 shall apply to assignors and assignees.

Contractor's Death, Bankruptcy, Falling Seriously Ill, or Being Arrested or Convicted:

ARTICLE 17- The provisions as stated below shall apply in case the contractor becomes deceased, bankrupt, falls seriously ill, or is arrested or convicted:

- a) In case the contractor becomes deceased, work already done shall be wound up by terminating the contract, and the performance security and any other receivable due to the contractor shall be handed to inheritors. However, the contracting entity may, where it deems it appropriate, transfer the contract to any willing inheritors bearing the same qualifications (as required in tender documents), provided that they

furnish performance security as necessary for the entire commitment under the contract including supplementary security, if any, within 30 days following the date of death.

b) In case of contractor's bankruptcy, the contract shall be terminated and action shall be taken in accordance with Articles 20 and 22, except prohibition.

c) If the contractor enters a situation of being unable to carry out its commitments due to severe illness, being arrested or receiving a freedom-restricting court sentence, then the contract may be proceeded on the condition that the contractor designates a proxy acceptable to the relevant contracting entity within 30 days following the date of the occurrence of such situation. If the contractor is deprived of the means to designate a proxy on its own free will, then whomever the matter concerns may request that a trustee be designated instead in accordance with general provisions within the same period of time. In case none of such provisions can be applied, the contract shall be terminated and action shall be taken in accordance with Articles 20 and 22, except prohibition.

Death, Bankruptcy, Serious Illness, Arrest, or Conviction, in Case the Contractor is a Joint Venture

ARTICLE 18- (Amendment: 4964/Article 45) In contracts undertaken by joint ventures; death, bankruptcy, serious illness, becoming arrested or sentenced to freedom-restricting penalty, or dissolution of one of the persons constituting the joint venture shall not be an obstacle to contract effectiveness. If, however, in a jointly undertaken engagement, one of the contractors has been pointed to the contracting entity as the pilot or the coordinator, then in case of bankruptcy, serious illness, arrest, of freedom-restricting conviction, or dissolution (of the pilot or coordinator firm), depending on whether the

pilot or coordinator is a natural or legal person, the contract shall be terminated and action shall be taken in accordance with Articles 20 and 22, except prohibition. In case the pilot or coordinator becomes deceased, the contract shall be annulled with work already done being wound up and the performance security shall be returned. Upon the proposition of the other joint venture partners within 30 days following the date when such state of affairs has emerged, and with consent of the contracting entity, business may be continued by renewing the contract provided that obligations for the business that had (originally) been undertaken by the (previous) pilot or coordinator are fully undertaken, including any security thereof.

In case of the death, bankruptcy, serious illness, being arrested or sentenced to a freedom-restricting penalty, or dissolution of any partner other than the pilot or coordinator in the joint venture, other partners of the group shall undertake all obligations of that outgoing partner, including performance security, and carry on the contract.

Termination of Contract by the Contractor

ARTICLE 19.- In case the contractor serves notice in writing after the contract has been signed to the effect that it is unable to perform its obligations for reason of insolvency, outside of force majeure, also stating the justifications in such notice; performance security along with supplementary security, if any, shall be entered into accounts as revenue, without need for filing a protest, and the contract shall be terminated with any accounts thereof being wound up in accordance with general provisions.

Termination of Contract by the Contracting Entity

ARTICLE 20.- The contracting entity shall terminate a contract under the circumstances described below:

a) In case the contractor fails to perform its obligations in compliance with provisions of the contract and tender documents or fails to complete works within the period as prescribed, and such state of affairs continues to persist despite contracting entity's warning clearly stating reasons for warning and offering at least 20 days' advance notice, with penalty for delay to apply on the basis of the ratio as stated in the tender document.

b) In case it is determined that the contractor has engaged in deeds or behaviors outlawed as stated in Article 25, performance security along with supplementary security, if any, shall be entered into accounts as revenue, without need for filing a protest, and the contract shall be terminated with any accounts thereof being wound up in accordance with general provisions.

Termination of Contract for Reason of Outlawed Deeds or Behaviors Prior to Contract Signing

ARTICLE 21.- In case it is determined after a contract has been signed that the contractor has engaged in the course of the tender process in deeds or behaviors outlawed under the Law on Public Procurement; performance security along with supplementary security, if any, shall be entered into accounts as revenue, without need for filing a protest, and the contract shall be terminated with any accounts thereof being wound up in accordance with general provisions.

However, provided that at least 80 percent of the obligations under the contract have been completed and public benefit is seen in having the contract completed, the contracting entity may refrain from terminating the contract and require the contractor to complete its obligations under the contract, in case;

a) There is not sufficient time to carry out a new tender process for the remaining portion of works, because of urgency of business,

b) It is not possible to have a different contractor carry out the contract

c) The contractor has engaged in such outlawed deeds or behavior that would not prevent from completion of its remaining obligations.

Under such circumstances, the contractor shall be obliged to complete its obligations under the contract as required by the contracting entity. In this case, however, action shall be taken against the contractor in accordance with provisions of Article 26 and penalty shall be collected from the contractor in the same amount as the sum total of its performance security and supplementary security amounts, if any. This penalty may be collected through deductions from the contractor's remuneration.

Dispositions Pertaining To Termination Of Contract

ARTICLE 22.- The contract shall be considered to have been terminated; as of the date of arrival of the contractor's request for termination of contract to the contracting entity pursuant to Article 19; or as of the date of expiration of the period specified in Paragraph (a) of Article 20; or as of the date of determination of relevant state of affairs pursuant to Paragraph (b) of Article 20 or pursuant to Article 21. The contracting entity shall produce the decision for termination of contract within seven days of the said dates. The contractors shall be notified of such decision within five days following the date of the said decision.

In case of termination of contract pursuant to Articles 19, 20, or 21, performance security and supplementary security, if any, shall be updated in accordance with monthly wholesale price index published by DIE, the State Institute of Statistics, from the date which such security has been furnished to the date when it is entered into accounts as revenue. The difference between the amount updated and the amount of performance security and supplementary security, if any, shall be collected from the contractor.

In case security is obtained through deductions from remuneration, while the amount withheld shall be entered into accounts as revenue,

the amount of security that corresponds to the amount of works not completed posterior to date of contract termination shall also be collected from the contractor after updating (security) pursuant to the first Paragraph above.

Any security entered into accounts as revenues shall not be deducted from the debt of the contractor.

In case of contract termination pursuant to Articles 19, 20, or 21, action shall be taken against contractors in accordance with provisions of Article 26. The contractor shall further be caused to pay compensation for any losses or damages the contracting entity may have incurred due to termination of contract.

Termination of Contract Due To Force Majeure

ARTICLE 23.- In case a contract is terminated due to force majeure, the accounts of the contract shall be wound up in accordance with general provisions and performance security and any supplementary security shall be returned.

Additional Works to be Made Under the Contract, Work Decreasing and Winding-Up Contract

ARTICLE 24.- (Amendment: 4964/ Article 46) In case any work increase is inevitable due to unforeseen reasons, provided that;

- a) work increase is kept within the project subject to the contract,
- b) it is not technically and economically possible to separate additional work from the main contract without burdening the contracting entity,

the contracting entity may have the same contractor perform the work increase up to the amount of 10 % of the main contract's price in turn-key lump-sum works contracts and up to the amount of 20 % of the main contract's price in unit price goods, services and works contracts in accordance with the provisions specified in the original (main)

contract and tender documents except the provisions on contract duration.

In works contracts based on unit price, Council of Ministers is authorized to raise this ratio up to the 40 % of the related contract.

In case it is determined that the work can not be completed under these circumstances the accounts (of the contract) shall be wound up in accordance with general provisions without any increase. However, under such circumstances, it shall be compulsory that the entire work be fulfilled in accordance with provisions of tender documents and of contract.

In case it has been determined that the work may be completed with a price lower than 80 % of the contract price, the contractor shall be obliged to complete the work. In such case, as a reward for the real expenses realized by the contractor and contractor's profit, the 5 % of the difference between 80 % of the (total) contract price and the amount of work performed on the basis of contract prices shall be paid to the contractor over the prices current on provisional acceptance date.

CHAPTER THREE

Prohibitions and Liabilities

Deeds and Behaviors Outlawed

ARTICLE 25.- During the course of implementing a contract, prohibited shall be;

- a) Corrupting any transactions pertaining to the contract through fraud, intrigue, promises, threats, using influence, seeking of personal interest, agreement arranging, malversation, bribery or through other means or attempting to those
- b) Drawing up or using forged documents or attempting to
- c) Using adulterated materials, means or methods or engaging in production contrary to rules of science or the trade or (otherwise)

deficient or faulty, in process of carrying out business under the contract or making deliveries thereof

d) Causing damage to the contracting entity in process of performing its obligations under the contract

e) Using its knowledge and experience to the detriment of the contracting entity or acting in violation of the provisions of Article 29

f) Failing, outside of force majeure, to perform its obligations in accordance with provisions of contract and tender documents.

g) Assigning or taking over a contract in violation of provisions of Article 16.

Prohibition from Participating in Tenders

ARTICLE 26.- (Amendment: 4964/ Article 47) Those who are determined to have been engaged in deeds or behaviors as specified in Article 25; shall be prohibited from participating in tender processes carried out by all public entities and institutions including the ones stated as exceptions in 2nd and 3rd articles of Law no:4734, for a period of up to two years, not being less than one year, depending on the nature of the said deeds and behaviors. Prohibition decisions shall be taken by the Ministry implementing the contract or by the Ministry which the contracting entity is subordinate to or associated with, or by contracting officers of contracting entities which are not considered as subordinate to or associated with any Ministry, and by the Ministry of Internal Affairs in special provincial administrations and in municipalities and in their affiliated associations, organizations, enterprises.

In case the legal person prohibited pursuant to the first Paragraph above happen to be a sole proprietorship the prohibition shall apply to all partners in that company; while in case of capita) stock company the prohibition shall apply to all shareholders, natural or legal persons, who own more than half of the capital in the subject company. Depending on whether the parties prohibited are natural or legal persons; where they

are at the same time partners in another sole proprietorship , the prohibition shall apply to such companies as well; and where the prohibited parties are shareholders in stock companies, the prohibition shall also apply to such stock companies if the prohibited parties own more than half of the capital in the subject company.

Those parties that are determined to have engaged in such deeds and behaviors shall not be allowed to participate in any tender processes that may be carried out by the same contracting entity until the date when the decision for prohibition becomes effective.

(Amendment: 4964/ Article 47) Decisions for prohibition shall be produced within latest 45 days counting from the date when deed or behavior that warranted the prohibition decision has been determined to have taken place. The decision for prohibition produced thus shall be forwarded within latest 15 days for publication in Official Gazette and it shall become effective on the date it is thus published. The Public Procurement Authority shall monitor the said decisions and maintain a registry on the parties that have been prohibited from participating in public procurement tender processes.

In case a contracting entity encounters circumstances warranting a decision to prohibit as stated in Article 25, it shall be responsible for reporting such circumstances to the Ministry which it is sub-ordinate to or associated with.

Criminal Liability of Contractors

ARTICLE 27.- Notification of crime shall be filed with the Office of Public Prosecutor against natural and legal persons that have been determined to have engaged in those deeds and behavior that are specified in Article 25 and that also constitute crime under Turkish Criminal Code, along with the partners or proxies of the said parties in the subject business, for purposes of prosecution in accordance with Turkish Criminal Code, even if such determination is made after

business (under the contract) has been completed and final acceptance has taken place. Along with the criminal sentence, the court shall also rule that these parties, along with those listed in Article 26, be prohibited from participating in all tender processes that may be carried out by any public entity or institution subject to this Law, for a period of up to three years, not being less than one year and being effective as of the expiration date of prohibition decision which has been produced pursuant to Article 26.

The courts shall prohibit permanently from participating in public tenders those parties that have received recurring convictions because of their deeds or behaviors outlawed under this Law, along with stock companies in which the said parties own more than half of the capital and sole proprietorships that the said parties own.

Concerning the parties that have been prohibited pursuant to provisions of this Article and having received court sentences; Office of the Public Prosecutor shall notify the Public Procurement Authority and the occupational organizations for purposes of appropriately updating the records of the said parties in relevant registries.

Public Procurement Authority shall advertise court rulings concerning the parties that have been prohibited permanently from participating in public tenders by having the said rulings published in the Official gazette within fifteen days counting from the date of notification.

Criminal Liability of (Public) Officials

ARTICLE 28.- (Amendment: 4964/Article 48) Any chairpersons, members and other officials of control and acceptance commissions, works control/inspection officials, or others in charge at any stage of procurement process; in case they are determined not to have carried out their duties in accordance with legal requirements in an impartial manner and to have acted in negligent or deficient ways that would cause damages to any one of the parties involved, they shall receive

disciplinary penalties pursuant to relevant legislation. Furthermore, depending on the nature of their deeds and behaviors, they shall also be prosecuted under criminal law and, along with any penalty as ruled (by the court), they shall also be caused to compensate in accordance with general provisions for any damages and losses they may have caused any parties to have incurred. Those contracting entity officials who were sentenced due to deeds or behaviors contrary to this Law shall not be charged with any duties that fall under the domain of this Law.

Public entities or institutions subject to this Law shall not appoint any persons who have received any penalties as ruled by judicial organs because of business that fall in the domain of this Law to any positions in charge of implementing this Law or any other relevant legislation.

Prohibition of Disclosure of Information and Documents

ARTICLE 29.- Persons in charge of implementing this Law and those who offer consulting services; shall not disclose any confidential information or documents pertaining to contractor's business or transactions or their technical or financial structures and shall not use them for their own or any third parties' benefit. Sanctions stated in Articles 26 and 28 according to relevance shall apply to those who act contrary to this (aforementioned rule).

Contractor's and Sub-contractor's Liability in Works Contracts

ARTICLE 30.- Contractors and sub-contractors in works contracts shall be liable successively (severally) for any loss or damage stemming from failure to construct in accordance with technical and trade rules or use of adulterated materials or similar reasons, not only from the date of commencement of construction to the date of final acceptance, but also for a period of fifteen years counting from the date of final acceptance. Contractor and sub-contractors shall be caused to complete and

compensate for any such loss or damage pursuant to general provisions, and furthermore provisions of Article 27 shall apply to the said parties.

Liability of Control / Inspection Officials

ARTICLE 31.- Contracting entity officials carrying out control/inspection functions (in works) shall be liable successively (severally) with the contractor for any loss or damage stemming from failure to construct in accordance with technical and trade rules as emergent because of deficient inspection and control, for a period of fifteen years. Furthermore, the provisions of Article 28 shall apply to such officials.

Liability of Consulting Service Providers

ARTICLE 32.- For a period of fifteen years; the consultant (service provider) shall be directly liable for loss or damage stemming from design errors, implementation errors, deficiency of control and inspection, erroneous cost estimation, failure to construct in compliance with current legislation, failure to comply with rules of professional ethics, failure to use knowledge and experience to the benefit of the contracting entity, and similar reasons; and successively (severally) liable with the contractor and sub-contractors where the consultant has undertaken control and inspection services on works.

The consultant shall be caused to complete and compensate for any such loss or damage pursuant to general provisions and furthermore, provisions of Article 27 shall apply to the consultant.

Liability of Suppliers

ARTICLE 33.- Suppliers shall be directly liable in the framework of their undertaking for any loss or damage stemming from supplying or using deficient or sub-standard materials or failure to perform

obligations in accordance with provisions of contract and tender documents or similar reasons. The supplier shall be caused to complete and compensate for any such loss or damage pursuant to general provisions and furthermore provisions of Article 27 shall apply to the supplier.

Liability of Service Providers

ARTICLE 34.- Service providers shall be directly liable in the framework of their undertaking for any loss or damage stemming from selection, supply or use of deficient or sub-standard materials, design errors, implementation errors, deficiency of inspection and control, failure to perform obligations in accordance with provisions of contract and tender documents, or similar reasons. The service provider shall be caused to complete and compensate for any such loss or damage pursuant to general provisions and furthermore provisions of Article 27 shall apply to the service provider.

CHAPTER FOUR

Miscellaneous Provisions

Performance Security

ARTICLE 35.- In cases where this Law does not contain provisions (relevant to performance security), the provisions of the Law on Public Procurement concerning securities shall apply.

Cases Where (Relevant) Provisions Are Absent

ARTICLE 36.- In cases where this Law does not contain relevant provisions, the provisions of the Code of Obligations shall apply.

Notification

ARTICLE 37.- For notifications to be served in case there is no relevant provision in this Law, the provisions of the Code of Notification shall apply.

Amendments

ARTICLE 38.- Amendments to provisions of this Law shall only be arranged through annexing provisions or making changes.

CHAPTER FIVE

Final Provisions

Provisions Not Applicable

ARTICLE 39.- a) Provisions of Law No: 2886, the State Tender Act dated September 8, 1983 shall not apply to contracts made in the context of contract awards made pursuant to the Public Procurement Law.

b) Provisions in other legislation stipulating exemption from Law No: 2886 the State Tender Act dated September 8, 1983, and any provisions not compliant with this Law, shall not apply.

c) (Annexed: 4964/Article 49) For contracts to be made under the Law no:2985, on Collective Housing, Council of Ministers is authorized to establish the rules and principles on special contracts, provided that criminal sanctions and prohibition from participation in tenders are subject to this Law.

Preparation of Form Contracts

INTERIM ARTICLE 1.- The Public Procurement Authority shall prepare the form contracts to be issued for purposes of implementation of this Law, having obtained opinion of relevant entities and institutions, and publish in the Official Gazette, by the time this Law is scheduled to become effective.

Contracting entities shall continue to implementing the existing contract principles and provisions until they (form contracts) come into force.

Enforcement

ARTICLE 40.- This Law shall become effective on January 1st, 2003.

Execution

ARTICLE 41.- Council of Ministers shall execute this Law.

Provisions of Law no: 4964 not applicable to the Law no: 4735 on Public Procurement Contracts

INTERIM ARTICLE 1.- Standard tender documents, form contracts and regulations need to be rearranged due to the amendments on the Laws no:4734 and 4735 made by this Law shall be prepared by Authority within 60 days as of publication date of this law and shall be put into force. Arrangements made by this law on monetary limits in Law no: 4734 and newly added monetary limits shall be updated by Authority within the framework of the principles of article 67 of Law no: 4734 as to the date 1.1.2003, by considering those limits were current on 22.01.2002. Contracting entities shall continue to implementing the provisions of existing principles, procedures and regulations until the above mentioned arrangements become effective.

Principles and procedures need to be prepared and become effective due to the amendments made on 3rd and interim 4th articles of Law no:4734 shall be prepared within 30 days as of publication date of this law and put into force. Till those arrangements have been published, contracting entities shall continue to implementing the principles and procedures which had been prepared and become effective based on formerly executed 3rd and interim 4th articles of Law no: 4734 prior to amendments made by this law. Works procurements, in which the institutions benefiting from the exception provision in paragraph (g) of the 3rd article of Law no: 4734 are contractors under contracts, shall be

subject to the exception provisions proposed in the same paragraph for a period of ten years.

ARTICLE 50.- Article 41 of this law shall become effective on January 1st, 2004, while the others shall come into force on publication date.

ARTICLE 51.- Council of Ministers shall execute this Law.

REGULATION ON IMPLEMENTATION OF GOODS PROCUREMENT

CHAPTER ONE

General Provisions

SECTION ONE

Implementation Principles

Purpose and Scope

Article 1- This Regulation hereby has been prepared to govern the principles and procedures to be applied by the contracting entities within the scope of Public Procurement No:4734, dated 04/01/2002 in the goods tenders.

This Regulation enacted in relation to the implementation of Public Procurement Law No: 4734 and Public Procurement Contracts Law No: 4735 is integral with annexes hereto.

Legal Basis

Article 2- This Regulation has been prepared on the basis of Article 53 of Public Procurement Law No: 4734.

Definitions

Article 3- The following definitions shall be applicable in the implementation of this Regulation other than the ones set forth in Article 4 of Law No:4734:

Threshold Value: (**Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette/ Art. 1**) Refers to the monetary limites defined under Article 8 of Law No:4734 and updated under Article 67 of the same Law for use in the application of the provisions concerning the tender notice periods and rules as well as the participation of domestic tenderers solely in tenders or application of price advantage in favor of the domestic tenderers in the tenders;

Similar Work: Refers to the works that are similar in respect of quality and size with the goods, which constitute the subject matter of tender, and that require the same or similar production procedures and techniques, and that have similar properties with respect to plants, equipment, financial power, expertise, personnel and organization;

Work Experience Certificate: Refers to the work completion certificate that provides the experience in the work, which constitutes the subject matter of the tender, or similar works and that are issued, given and evaluated according to the principles and procedures set forth in this Regulation;

Specific Production: Refers to the works that are not readily available in the market, and that shall be produced upon design or a demand, and that requires specific expertise and production technique;

Estimated Cost: Refers to the anticipated cost of the goods, which constitute the subject matter of tender, and which is calculated with any kind of price inquiry before holding the tender exclusive of value

added tax and which is indicated in an estimation schedule with the bases thereto, and which are not specified in the tender and prequalification proclamations, and which are not released to the tenderers or other persons that do not have an official relation with the tender process;

Alternative tender: Refers to the alternative tender submitted besides the actual tender in respect of the products that have different specifications though meeting the minimum specifications and requirements set forth in the technical specification of the goods, which constitute the subject matter of tender, by the same tenderer in a tender if there is such a provision in the tender document;

Partial tender: Refers to submitting tenders for the whole or some items of the goods, which constitute the subject matter of the tender, when the tender consists of multiple items, and if the tender relates to single good, submitting tenders for some items or parts thereof in the tenders where it is allowed to divide the work in parts meeting different requirements and to submit tenders for the whole or some part(s) of the goods, which constitute the subject matter of the tender so that the contracting entities ensure participation in tender, competition, provision of needs at appropriate conditions and in a timely manner and efficient use of resources in the tenders where the unit price tender and contract procedure is applicable.

Basic Principles

Article 4- (Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Art. 2)

The Contracting Entities shall be obliged to ensure transparency, competition, equal treatment, reliability, confidentiality, supervision by public opinion, and that the needs are met at appropriate conditions and in a timely manner, and that the resources are efficiently used.

The goods tenders, services tenders and works tenders may not be held as long as there is not an acceptable inherent relation among them.

The goods tenders cannot be divided in parts so as to be less than the threshold values or the monetary limits or in order not to implement the other provisions set forth in this Regulation.

Open procedure and restricted procedure constitute basic procedures in the tenders. Negotiated procedure and direct tender are only possible in the specific cases provided in the Law.

The proclamation or solicitation cannot be made before preparation of the tender document in the tenders with open and negotiated procedure, and of the prequalification and tender document in the tenders with restricted procedure.

The tender shall not be opened for any work without any appropriation. However, the tender may be opened before the expiry of the previous fiscal year for the continuous goods tenders, which can be realized in the next fiscal year.

Without confirmation approval of Public Procurement Board, the annual total of the expenditures under paragraph (f) of Article 21 and paragraph (d) of Article 22 of Law No: 4734 may not exceed 10% of the appropriations to be allocated for goods tenders of the contracting entities. The contracting entities shall take into account the total amount of appropriations allocated and determined in the annual budgets for the goods tenders to be made as per (in accordance with) this Law in respect of the goods tenders to be made within the monetary limits included in the said articles.

EIA approval certificate is a must for holding the tender of works requiring the Environmental Impact Assessment (EIA) report as per (in accordance with) the pertinent legislation.

It is an obligatory condition to have an EIA approval certificate in order to effectuate the tender where the relevant legislation requires the Environmental Impact Assessment (EIA) report.

Domestic Tenderer

Article 5- Domestic tenderer refers to the real persons that are the citizens of the Republic of Turkey and the legal persons incorporated under the laws of the Republic of Turkey.

In order to be assumed as domestic tenderers, the real persons shall submit the copy of identity card evidencing the citizenship to the Republic of Turkey, and the legal persons shall submit the documents evidencing incorporation under the laws of the Republic of Turkey.

The following documents shall be provided to evidence incorporation of the tenderers having the capacity of legal entity under the laws of the Republic of Turkey:

- a) Trade registers gazette or the certificate issued by the associated trade registers office indicating the principal office of the company in respect of the companies;
- b) Certificate of receipt issued by the relevant governmental office in respect of the Associations;
- c) Copy of the register extract or the Official Gazette released to evidence registration to the central register kept by the General Directorate of Foundations in respect of the Foundations;
- d) Certificate issued by the relevant ministry in respect of the

Cooperatives;

e) Certificate issued by the relevant authorities in respect of other corporate bodies.

These requirements shall be applicable for each partner comprising the joint venture separately.

(Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette/ Art. 3) The Contracting Entities shall be obliged to require the documents listed above from the candidates or tenderers in relation to being a domestic tenderer in the tenders, in which it is specified that only the domestic tenderers can participate and the price advantage shall be applied in favor of the domestic tenderers.

SECTION TWO

Estimated Cost

Estimated Cost

Article 6- The Contracting Entity determines the estimated cost of the goods tender, which constitutes the subject matter of the tender, or marketing the goods, which constitute the subject matter of the tender. In this case, the following aspects that may affect the price shall be according to the principles and procedures set forth in this Regulation before holding the tender.

The Contracting Entities shall ascertain whether the estimated cost of the goods tender, which constitutes the subject matter of the tender, is below the threshold value of the tender or not.

The estimated cost shall be determined on actual basis through

detailed amount and price inquiry in accordance with the principles and procedures set forth in this Regulation and indicated in an estimation schedule with the bases thereto.

The estimated cost ascertained by the contracting entities before the tender shall not be announced and released to the tenderers or other persons that do not have an official relation with the tender process.

Determination of estimated cost

Article 7- Ability to procure the goods needed by the Contracting Entities at the most competitive price is dependent upon the degree of estimating the correct amount of the goods to be procured. Therefore, the contracting entities shall comply with the following while determining the costs:

a) The contracting entities shall conduct comprehensive inquiries when determining the estimated cost of goods. The contracting entities may not only inquire prices from the governorships, municipalities, chambers of commerce, chambers of industry, chambers of profession, public authorities and organizations carrying out selling activities, exchange stocks and private sector organizations, but also request proforma invoices from the real persons or legal persons producing specified in the letters:

- Type, class and quantity of goods,
- Delivery period,
- Quantity of lot to be delivered,
- Freight,
- Insurance,
- Other specific conditions.

Furthermore, it shall be requested to specify the standards and brief

technical specifications to be complied or quote price exclusive of value added tax by attaching the technical specification.

The information and documents obtained by the contracting entities shall be evaluated cumulatively as a result of such inquiries, and the most accurate estimated cost shall be determined.

However, the contracting entities shall not take into consideration the price quotations and proforma invoices that do not reflect the actual market prices and that may cause deviations in the calculation of estimated cost. They shall indicate the reasons thereof in the estimation schedule.

b) If the contracting entities have made tenders concerning the goods needed, they shall establish a table containing the prices of the last five years, or else the years when the tender has been made. The prices in the previous years shall be updated on the basis of TEFÉ (Wholesale Price Index) published by the State Statistics Institute and the arithmetic or weighted average is calculated for the tenders made in Turkish Lira. Such values found are entered into the table for use. In respect of the tenders made in foreign currencies, the arithmetic or weighted average of the prices in the previous years shall be calculated.

c) In determining the estimated costs, the prices shall be determined and continuously updated using all means of communication including Internet besides the market inquiry of the production methods and techniques of the goods needed, changes in the range of products, and of the substitute goods of the existing goods on the daily, weekly, monthly and annual basis by the experts designated by the contracting entities in addition to the methods given under paragraphs (a) and (b).

d) The contracting entities may evaluate the values obtained from paragraphs (a), (b) and (c) above individually or together in consideration of the nature of goods to be procured and the market conditions. Any kind of information and document used in the process of calculating the estimated cost shall be included in the estimation schedule.

Furthermore, if the technical and financial specifications of the goods cannot be determined as clearly as required or shall be procured or produced for the first time, or the personnel employed by the contracting entity in accordance with the laws, ordinances and regulations are not at the sufficient qualifications or numbers, the determination of estimated cost may be tendered to the consultancy service providers in accordance with the provisions of Law No:4734 upon the approval of contracting officer.

Use of estimated cost for the budgeting and updating the same

Article 8- Since the tenders cannot be held for the works without any appropriation, the contracting entities shall determine the estimated cost for each work, which constitutes the subject matter of the tender, while programming the budgets. The value added tax shall be included in the amount of estimated cost in accordance with the pertinent legislation in determining the amount payable.

In view of the fact that the estimated cost determined may not maintain its validity until the first proclamation date of the tender as from the date of determination, such costs shall be updated by the contracting entities, where necessary, over the monthly TEFE (Wholesale Price Index) rates released by the State Statistics Institute, and also the decreases in the costs of goods shall be taken into

account.

SECTION THREE

Determination of Applicable Tender Procedure

Determination of applicable tender procedure

Article 9- The applicable tender procedure shall be determined by the contracting entity as per in accordance with the provisions set forth in Articles 18 through 21 of Law No: 4734. During such determination, the priority is given to the open procedure. However, the restricted procedure or negotiated procedure can also be applied in the cases set forth in the Law in view of the criteria such as the type and nature of the goods to be procured, and also the goods requiring expertise and/or advanced technology, and the estimated cost and urgency.

Open procedure

Article 10- In the open procedure, all tenderers may submit tenders.

Restricted procedure

Article 11- The goods tenders, in which the open procedure cannot be applied since the goods to be procured require expertise and/or advanced technology, may be held through the restricted procedure by selecting the candidates that have the capacity to submit tenders and conducting an evaluation for prequalification.

Negotiated procedure

Article 12-The goods tenders may be held through the negotiated procedure in the following cases:

a) If there is not any tender submitted as a result of tender held through

the open or restricted procedure;

b) If it is compulsory to hold the tender urgently when instantaneous and unexpected cases or the events that cannot be anticipated by the contracting entity such as the natural disasters, epidemic diseases, deaths or loss of properties arise;

c) If it is compulsory to hold the tender urgently when the special cases arise concerning the defense and security;

d) If the tender requires research and development and is not subject to the serial production;

e) If the technical and financial properties of the goods, which constitute the subject matter of the tender, cannot be defined as clearly as required since the said goods are exclusive and complicated;

f) The final goods and material tenders of the contracting entities with an estimated cost up to the amount set forth in paragraph (f) of Article 21 of Law No: 4734.

SECTION FOUR

Tender and Prequalification Document

Content of Tender and Prequalification Document

Article 13- The tender document to be prepared by the contracting entities shall include the administrative specification and the draft contract containing the instructions to tenderers, and a technical specification indicating the technical details and requirements of the work and other necessary documents and information.

The prequalification document of the goods tenders to be held through the restricted procedure shall contain the requirements for the candidates, prequalification criteria, and other necessary documents and information.

The tender document of the goods tenders to be rendered through the negotiated procedure shall contain the evaluation criteria designated for determination of the qualification of the tenderers.

(Annex: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 4) The contents of the tender or prequalification document shall be formed according to the articles included in the standard administrative or standard prequalification specifications and defining the scope of the tender or prequalification documents.

(Annex: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 4) In the documents comprising the tender or prequalification documents, the arrangements made by the contracting entities should be compatible with each other.

Preparation of tender and prequalification document

Article 14- (Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 5) The contracting entity shall prepare the document necessary to procure the goods needed on the basis of the standard tender document released by the Public Procurement Authority and approve each page. It is compulsory for the contracting entities to store this original copy to be used for preparation of the document to be submitted to the candidates or tenderers in the tender proceedings dossier. Where necessary, the tender and/or prequalification document to be submitted to the candidates or tenderers may be transferred to the “compact disc (CD)” provided that necessary safety precautions are taken within the framework of the principles defined by the Public Procurement Authority.

The following documents attached to this Regulation hereby shall be

taken as basis according to the tender procedure determined in preparation of the tender document by the contracting entities;

- a) Standard Forms (Annex: 1);
- b) Standard Administrative Specification Applicable for the Goods Tenders Through The Open Procedure (Annex: 2);
- c) Standard Prequalification Specification Applicable for the Goods Tenders Through The Restricted Procedure (Annex: 3);
- d) Standard Administrative Specification Applicable for the Goods Tenders Through The Restricted Procedure (Annex: 4);
- e) Standard Administrative Specification Applicable for the Goods Tenders Through The Negotiated Procedure (Annex: 5);
- f) Standard Contract for Goods Tenders (Annex: 6);

and other legislation enacted by the Public Procurement Authority.

The contracting entity shall finalize the tender document until the date of first proclamation in the cases where proclamation shall be made, and until the date of solicitation in the cases where the solicitation shall be made. In the goods tenders to be held through the restricted procedure, the prequalification and tender document shall be prepared until the date of proclamation for prequalification.

It is compulsory to prepare the tender document in Turkish. However, in the tenders that are open to the foreign tenderers, the document may be prepared in other languages besides Turkish. The document prepared in the foreign language may be handed over with the document prepared in Turkish to the candidate or tenderer that makes such a request. In this case, the Turkish text shall supersede in understanding and interpreting the document as well as the settlement of disputes that may arise between the contracting entity and candidates or tenderers.

Administrative Specifications

Article 15- The contracting entities shall prepare the administrative specification on the basis of the Standard Administrative Specification annexed to this Regulation hereby according to the procedure applicable in the goods tender. The matters that are left blank for filling and provided in the footnotes in the Standard Administrative Specifications shall be governed in a way that is not contrary to the provisions set forth in the Public Procurement Law No: 4734, Public Procurement Contracts Law No: 4735 and the other imperative legislation according to the nature of work and the tender procedure.

Furthermore, the contracting entities may govern the matters in items that are not provided in the Standard Administrative Specifications and that are needed to be governed according to the nature of work in view of the requirements of goods, which constitute the subject matter of the tender, and in a way that is not contrary to the provisions set forth in Laws No: 4734 and No: 4735 and the pertinent imperative legislation as well as the regulations, communiqués and other regulating proceedings passed by the Public Procurement Authority, and add the same to the section “Miscellaneous” included in the Standard Administrative Specifications.

Prequalification Specifications

Article 16- In the tenders to be held through the restricted procedure the contracting entities shall prepare the prequalification specifications on the basis of “Standard Prequalification Specification Applicable for the Goods Tenders Through the Restricted Procedure” annexed to this Regulation hereby. The matters that are left blank for filling and provided in the footnotes in the Standard Administrative

Specifications shall be governed in a way that is not contrary to the provisions set forth in the Laws No: 4734 and No: 4735 and the other legislation according to the nature of work.

Furthermore, the contracting entities may govern the matters in items that are not provided in the “Standard Prequalification Specifications” and that are needed to be governed according to the nature of work in view of the requirements of goods tender, which constitute the subject matter of the tender, and in a way that is not contrary to the provisions set forth in Laws No: 4734 and No: 4735 and the pertinent legislation as well as the regulations, communiqués and other regulating proceedings passed by the Public Procurement Authority, and add the same to the section “Miscellaneous” included in the Standard Administrative Specifications.

Technical Specifications

Article 17- If necessary, a technical specification indicating the technical details and requirements of the goods to be procured shall be prepared and included in the tender document. It is essential that the technical criteria set forth in the technical specifications to be prepared by the contracting entities ensure productivity and functionality, and do not contain the matters hindering competition, and provide equal opportunity for all tenderers.

In the technical specifications, the arrangements shall be made to ensure compliance with the national and/or international technical standards, if any. These specifications shall include the technical properties and descriptions. A specific trademark, model, patent, origin, source or product may not be specified and properties and descriptions may not be indicated for a specific trademark or model.

However, in cases where there are not the national and/or international technical standards or it is not possible to determine the technical properties, the trademark or model may be specified provided that the expression “or equivalent” is included.

It is essential that the technical specifications specifying any kind of properties of the goods, which constitute the subject matter of the tender, are prepared by the contracting entities. However, the technical specifications may be got prepared through the tender in compliance with the provisions of Law No: 4734 provided that it is approved by the contracting officer that it is not possible for the contracting entities to prepare them owing to the nature of the goods to be procured.

Contract

Article 18- The contracting entities shall take the “Standard Contract for Goods Tenders” as basis annexed to this Regulation in preparing the draft contract within the scope of the tender document.

The matters that are left blank for filling and provided in the footnotes in the Standard Contract shall be governed in a way that is not contrary to the provisions set forth in the Laws No: 4734 and No: 4735 and the other imperative legislation according to the type of contract (lump sum/ unit price).

Furthermore, in cases where there are not provisions in the Standard Contract, the arrangements may be made in items under section “Miscellaneous” in the Standard Contract to be prepared by the contracting entity provided that it is not contrary to the imperative legal rules and the tender document.

The standard contracts may be used by the tenderers provided that they are not contrary to the principles set forth in the Standard Contract and the approval of the Authority is taken in the tenders of goods.

SECTION FIVE

Taking Approval for Tender,

Tender Commission and Tender Proceedings Dossier

Taking Approval for Tender

Article 19- The estimation schedule concerning the estimated cost issued by the contracting entities as well as the draft contract and other documents prepared in relation to the work to be procured shall be annexed to tender approval certificate (standard form KIK001.0/M) and this approval certificate shall be approved by the contracting officer.

After taking the approval for tender by the contracting entities, the tender register number shall be obtained from the Authority prior to the tender proclamation or solicitation.

Formation of tender commission and principles of activity

Article 20- (Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 6) The contracting officer shall form the tender commission within three days at the latest following the date of first notice or invitation in accordance with Article 6 of Law No: 4734 to hold the tender. The tender commission shall be formed with the primary members of minimum five persons of odd number including minimum four persons from the contracting entity's personnel provided that one of them shall be the chairman and two of them shall be experts of the work, which constitutes the subject matter of the tender, and the financial officer in the general and added budget entities, and one

personnel in charge of accountancy or financial affairs in the other entities in view of the fact the commission will convene with all members completely, and the reserve members with the same qualifications for substitution of such members by indicating their names. If there is not sufficient number and qualification of personnel at the contracting entity holding the tender, the members may be taken to the commission from the contracting entities within the scope of this Law.

All evaluations in the tender process shall be made by the tender commission without forming the commissions under other titles apart from the tender commission.

The tender commission shall convene with all members being present and the resolutions shall be taken with the majority of votes. The members of the commission may not act as absentee in the resolutions. The chairman and members of the commission are responsible for the votes and resolutions, and the members of commission that vote against a resolution shall be liable to write and sign the reasons thereof under the resolution of the commission. The resolutions taken and the minutes issued by the tender commission shall be signed by indicating the names, surnames and titles of the chairman and members of the commission.

Tender proceedings dossier

Article 21- The contracting entity shall issue a proceedings dossier for each work to be tendered. This dossier shall contain all documents related to the tender process such as the certificate of approval and the annexed estimated cost schedule, tender document, and the proclamation texts if made, the applications or tenders submitted by the candidates or tenderers and the notification and receipt documents

concerning the notifications made to the candidates and tenderers, and the minutes and resolutions of the tender commission and the original copy of the receipt evidencing that the contribution fee of the Authority to be calculated by the contractor over such price if the contract price exceeds the amount set forth in sub-paragraph (1) of paragraph (j) of Article 53 of Law No: 4734 has been deposited to the bank account of the Public Procurement Authority.

Each copy of the tender proceedings dossier shall be given to the members of the tender commission by the contracting entity within three days following the date of proclamation or solicitation in order to enable them to conduct the necessary investigation.

SECTION SIX

Rules for Proclamation, Matters Concerning the Tender and Prequalification Document

Proclamation of Tender and Prequalification

Article 22- (Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 7) The tender and prequalification proclamations concerning the goods tenders shall be made according to the following principles by providing sufficient time to enable all tenderers to prepare their tenders:

- a) In respect of the tenders, the estimated cost of which is equal to or exceeding the threshold values set forth in Article 8 of Law No: 4734;
 - 1) The notices of tenders to be held through the open procedure shall be made at least forty days prior to the date of tender;
 - 2) The prequalification proclamations of tenders to be held through the restricted procure shall be made at least fourteen days prior to the date of final application;

3) The proclamations of tenders to be held through the negotiated procedure shall be made at least twenty five days prior to the date of tender;

provided that they are published in the Public Procurement Bulletin at least once.

It is compulsory to send the letter of solicitation at least forty days before the date of tender to the candidates that are found to be qualified as a result of the evaluation for prequalification in the tenders to be held through the restricted procedure.

b) In respect of the tenders, the estimated cost of which is below the threshold values set forth in Article 8 of Law No: 4734;

1) Those, the estimated cost of which is at the amount set forth in subparagraph (1) of paragraph (b) of Article 13 of Law No: 4734, shall be proclaimed in at least two of the newspapers published at the place of tender and work at least seven days before the date of tender;

2) Those, the estimated cost of which is at the amount set forth in subparagraph (2) of paragraph (b) of Article 13 of Law No: 4734, shall be proclaimed in the Public Procurement Bulletin and one newspaper published at the place of work at least fourteen days before the date of tender;

3) Those, the estimated cost of which is at the amount set forth in subparagraph (3) of paragraph (b) of Article 13 of Law No: 4734, shall be proclaimed in the Public Procurement Bulletin and one newspaper published at the place of work at least twenty one days before the date of tender;

provided that they are published at least once.

In the tenders to be held through the restricted procedure, and the estimated cost of which is below the threshold values given under Article 8 of Law No: 4734, it is compulsory to send the letter of invitation at least seven days before the date of final application of the

prequalification proclamations, and in the tenders that are held in the other procedures except for the duration set forth in paragraph (b) and as a result of the evaluation for prequalification, it is compulsory to send the letter of invitation according the periods given under paragraph (b) prior to the date of tender to the candidates that are found to be qualified.

The tenders meeting the qualities defined by the Authority shall also be announced in one of the newspapers with circulation throughout Turkey through the Press Announcement Authority.

If any newspaper is not published at the place of tender or work, the proclamation shall be made through the letters affixed on the billboards in the buildings of the relevant contracting entity, government and municipality and the municipal means of publication at the place where any newspaper is not published within the same periods. These proceedings are evidences through minutes.

The contracting entity may also proclaim the tenders through the international proclamations or other local newspapers published or means of press, information processing network or electronic communication (Internet) according to the importance and nature of the work in addition to the compulsory proclamations mentioned above. However, in case of international proclamation, twelve days shall be added to the minimum periods of proclamation mentioned above.

The date when the proclamation is published shall be taken as basis in calculation of the proclamation periods, and the date of tender or the deadline date shall not be taken into account. Subject to the proclamation periods set forth in this article, it is compulsory to send

the proclamation texts at sufficient period in advance to the places where the proclamation is intended to be made in view of the duration that may elapse until the actual proclamation.

If the date determined for the tender is a holiday, the tender shall be held at the same place and time on the next business day without necessity for a proclamation again and the tenders submitted until such time shall be accepted. The time of tender shall be determined in view of the working hours. Even if the working hours change after the proclamation, the proclamation shall be held at the time proclaimed.

It is not compulsory to make notices for the tenders to be held through the negotiated procedure in accordance with the cases set forth in paragraphs (b), (c) and (f) of Article 21 of Law No: 4734. However, minimum three tenderers have to be invited to the tender in this case (KIK004.1/M).

Arrangement of proclamations for tender and prequalification

Article 23- (Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 8) The proclamations for tenders shall be prepared in compliance with the standard tender and prequalification proclamation forms formed according to the tender procedure on the basis of the information included in the tender document (Standard Forms KIK002.0/M, KIK003.0/M and KIK004.0/M).

The arrangements to the information given in the proclamations for tenders and prequalification as well as the documents comprising the tender or prequalification documentation have to be in compliance with each other.

The matters not specified in the tender and prequalification document

shall not be included in the proclamations.

Non-compliance of proclamation

Article 24- The proclamations that are not in compliance with the provisions set forth in Articles 22 and 23 of this Regulation hereby shall be invalid. In this case, the tender or prequalification cannot be made unless the proclamation is renewed in compliance with such articles.

However, except for the failure to make the proclamation set forth in Article 22 of this Regulation or the failure to comply with the proclamation periods, if it is understood that the proclamations are not in compliance with the provisions set out under Article 23, the tender or prequalification can be made by issuing a correction proclamation for the faulty matters within ten (10) days following the publication of the proclamations. In this case, it shall be ensured that the correction proclamation is published in the same format with the means of publication where the proclamation, which constitutes the subject matter of such correction, is published.

Review on and purchasing the tender and prequalification document

Article 25- (Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 9) The prequalification document and tender document, which are prepared and each page of which is approved by the contracting entity, can be reviewed free of charge at the address specified in the proclamation of the contracting entity by the candidates or tenderers. It is compulsory that the candidates or tenderers that intend to participate in prequalification or tender purchase the copies of such document, each page of which is approved by the contracting entity (standard

form KIK005.0/M). However, the copies of the tender or prequalification document copied to the “compact disc (CD)” may be sold to the candidates and tenderers provided that the contracting entity takes the necessary security precautions within the framework of the principles defined by the Public Procurement Authority.

It is essential that the document is sold against the cost not exceeding the cost of printing and not hindering competition, and the right of selling such document is solely owned by the contracting entity. The minutes containing the documents and information for determining the cost of printing the document shall be issued and stored in the tender proceedings dossier. The contracting entity may not claim any additional fee whatsoever under the title of donation, aid or other titles against selling the documents, and may not claim depositing money to the bodies such as foundations, funds, associations and unions except for the budget of the amount of tender document.

Amendment to and clarification in the tender and prequalification document

Article 26- It is essential that any amendment is not made to the tender and prequalification document after the tender is held. If it compulsory to make such amendment, the reasons and requirements to this effect shall be ascertained through a minute and the previous proclamations shall be void, and the work shall be proclaimed again in the same manner. However, if the substantial or technical mistakes or defects are determined by the contracting entity or notified in writing by the tenderers or candidates to the extent to affect the preparation of tenders and applications, amendments can be made to the tender and/or prequalification document by issuing an addendum. The addendum concerning such amendments shall be submitted to all

those that have purchased the tender or prequalification document via registered & prepaid mail in writing or delivered personally against signature so that they are informed of the same at least ten (10) days prior to the deadline date of submitting tenders or deadline date of application, and they shall be ensured to be informed at least ten (10) days prior to the deadline date of submitting tenders or deadline date of application for prequalification. If an additional duration is needed to prepare the tenders or applications owing to such amendment, the deadline date of submitting tenders or deadline date of application for prequalification may be extended for maximum twenty (20) days by virtue of an addendum only once. In case of issuing an addendum, the tenderers or candidates that have already submitted their tenders or made their applications shall be given the opportunity to withdraw their tenders or applications and submit their tenders or make their applications again.

In respect of the matters that are needed to be clarified in the tender or prequalification document during the application for prequalification or submitting tenders, the candidates or tenderers may request clarification in writing until twenty (20) days prior to the deadline date for application or submitting tenders. The requests for clarification after such date shall not be taken into consideration.

If such request for clarification is approved by the contracting entity, the clarification to be made by the contracting entity shall be submitted to all those that have purchased the tender or prequalification document until such date via registered & prepaid mail in writing or delivered personally against signature. Such written clarification by the contracting entity shall be made so that all candidates or tenderers are informed of the same at least ten (10) days prior to the deadline date of submitting tenders or deadline date of

application. The clarification shall contain the description of the problem and the detailed answers of the contracting entity, however, the identity of the candidate or tenderer that requests for clarification shall not be released. The written clarifications shall be given together with the tender and prequalification document to those that purchase the tender or prequalification document after such clarification.

Cancellation of tender prior to the time of tender

Article 27- In cases deemed necessary by the contracting entity or in cases where the matters that hinder holding the tender in the documents comprising the tender document and that are not possible to be corrected, the tender may be cancelled prior to the time of tender.

In this case, cancellation of the tender shall be immediately notified to the tenderers by indicating the reason of such cancellation. Cancellation of the tender shall be notified separately to those that have already submitted tenders until such stage. If the tender is cancelled, all tenders submitted shall be deemed rejected and such tenders shall be returned to the tenderers without opening the same. Any right may not be claimed against the contracting entity on the grounds of cancellation of the tender.

In the event of cancellation of the tender, the reasons for such cancellation shall be reviewed so that the tender may be held again.

CHAPTER TWO

Qualification for Participation in Tender

SECTION ONE

General Provisions

Principles for determination of qualification

Article 28- Any information, certificate, document and evaluation criteria required by the contracting entities in order to evaluate the economic and financial as well as professional and technical qualifications of the tenderers may not be determined to result in hindering the competition. Furthermore, the criteria applicable for evaluation of qualification shall be to the extent to measure the degree of said tender being made by the tenderer according to the nature of the work, which constitutes the subject matter of the tender.

(Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 10) It is essential that those required for evaluation of qualification among the information and/or documents set forth under this Regulation hereby and the qualification criteria required in these documents are mentioned in the tender or prequalification document and the solicitation or the solicitation documents concerning the tender or prequalification according to the nature of the goods/ works, which constitute the subject matter of the tender.

(Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 10) The joint venture being qualified shall not be construed as each of the partner or members being qualified separately, and if the joint venture being qualified as a result of evaluation for prequalification disintegrates prior to the tender, the letter of invitation shall be deemed invalid.

In the tenders where partial tenders are possible in the tender document, if the tenderers submit tenders for a part/ items of the subject tender, the evaluation on the documents concerning the economic and financial as well as professional and technical

qualifications shall be made in respect of the parts/ items, for which the tender is submitted.

Documents Required

Article 29- The documents required for evaluation of economic and financial as well as professional and technical qualification of the tenderer under this Regulation:

a) In respect of the goods tenders held irrespective of the estimated cost, the documents evidencing that the tenderer continues his professional activities and is authorized to submit tenders;

b) In respect of the goods tenders requiring a specific production;

1) In respect of tenders with an estimated cost equal to or up to ten times the threshold value, the documents obtained from the banks concerning the financial status of the tenderer or the balance sheet or parts thereof deemed necessary of the tenderer, or else, at least one of the equivalent documents;

2) In respect of tenders with an estimated cost equal to or exceeding ten times the threshold value;

- The documents obtained from the banks concerning the financial status of the tenderer;

- The balance sheet or parts thereof deemed necessary of the tenderer, or else, the equivalent documents, which are compulsory to be published in accordance with the pertinent legislation;

- The documents indicating the business volume of tenderer;

- The work experience certificates;

are compulsory to be required by the contracting entities.

However, in respect of the goods tenders that do not require a specific production process and the tenders that will be produced for the first time though not requiring a specific production process, the contracting entity shall determine the documents to be required in compliance with the nature of the goods, which constitute the subject matter of the tender, and the additional documents to be required except for the ones listed above in the tenders mentioned under paragraph (b) within the framework of the principles set forth in Article 10 of Law No: 4734 and this Regulation.

Way of Submitting Documents

Article 30- (Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 11) The contracting entities shall require the originals or the copies duly certified by the notaries in implementation of this Regulation. The candidates or tenderers may also attach the copies of the documents affixed with “the original seen by the contracting entity” or any expression with the similar meaning and the originals returned to them by the contracting entity prior to the prequalification or tender in lieu of the original documents to their tenders or applications. Such applications of the candidates or tenderers have to be met by the authorized personnel of the contracting entity before the tender.

The notarized documents have to bear an expression indicating that the documents are true copies, otherwise the ones certified pursuant to the photocopies and the ones bearing “it is the same with the one submitted to me” or any similar meaning shall not be deemed valid.

The originals of the notarized work experience certificates submitted

within the scope of the tender shall be submitted to the contracting entity before concluding the contract by the tenderer that is awarded.

However, if the documents and certificates of compliance to the quality and standards such as the quality and product compatibility certificates are required from the tenderers, the originals or the notarized copies of the said certificates or the duplicated copies in accordance with legislation of the certificates indicating that the products have been manufactured and marketed in compliance with the relevant legislation and standards, or the brands, markings and labels concerning the quality and standards on the goods/ packages shall also be acceptable.

The documents obtained from the foreign countries and submitted by the domestic or foreign tenderers have to be issued according to the legislation of the respective country and approved by the Consulate of the Republic of Turkey in the country where it is issued or the Turkish Ministry of Foreign Affairs. However, the documents mentioned in the tender document and the official documents issued from the countries that are party to the Convention on Abolishing the Obligation to Certify Foreign Official Documents and included within the scope of Article 1 of this convention shall be exempted from the approval of the Consulate of the Republic of Turkey in the country where it is issued or the Turkish Ministry of Foreign Affairs provided that they bear the “Apostille” seal. Provided that there is an agreement or convention containing provisions that require certain proceedings in respect of certifying the signature, seal or stamp on the documents between the Republic of Turkey and any other state or states, the approval of documents issued from such countries shall be subject to the provisions of this agreement or convention. Provided that the Turkish translations of the documents are required by the contracting

entities, translations of official documents issued abroad as well as the documents listed in the tender document by the contracting entity have to be approved by the Consulate of the Republic of Turkey or the Turkish Ministry of Foreign Affairs. Translations of documents that bear the seal of Apostille as well as the translations of documents that are not required to be approved by the Consulate of the Republic of Turkey or the Turkish Ministry of Foreign Affairs have to be rendered by the sworn translators and notarized.

The documents and translations thereof issued by the certification bodies accredited by the national accreditation bodies included in the International Accreditation Forum for Mutual Recognition Agreement shall be exempted from the approval by the Consulate of the Republic of Turkey in the country where it is issued or the Turkish Ministry of Foreign Affairs provided that it is confirmed with a letter obtained from the Turkish Accreditation Authority that such bodies have been duly accredited according to the international rules.

The contracting entities may communicate with the Chamber of Profession, which the tenderers acting abroad are registered in the trade registers, about the status of tenderers and the trade register (if the tenderer is a company, its incorporation and shareholders), and may assign the organizations specialized in this issue to conduct inquiry abroad for determination of the reliability of the tenderer.

The contracting entities shall evaluate the documents containing monetary values concerning the economic and financial as well as professional and technical qualification by converting such values to the currency taken as basis for evaluation of tenders over the foreign exchange buying rate published by the Central Bank of the Republic of Turkey on the date of first proclamation or invitation, and over the

foreign exchange cross-rates in cases where the tenders may be submitted in foreign currencies.

The foreign tenderers shall submit the equivalent documents to the ones required in the tender document in accordance with the legislation applicable in their respective countries. If there is not the equivalent of or it is not possible to issue the documents listed under sub-paragraphs (a), (b), (c), (d), (e) and (g) of the last paragraph of Article 10 of Law No: 4734 in accordance with their respective legislation, they shall submit written declarations to this effect. However, this has to be confirmed by the mission offices in Turkey of the country of the nationality of the foreign tenderer, who is a real person, or the country where the principal office of the foreign tenderer, who is a legal entity, or the mission offices of the Republic of Turkey in such countries.

SECTION TWO

Documents Concerning the Economic and Financial Qualification

Documents Obtained From the Banks

Article 31- In the goods tenders where such documents are required in accordance with Article 29 of this Regulation, the tenderers have to submit the documents obtained from the domestic or foreign banks showing their unused cash facility or unused guarantee letter facility in the banks at an amount to be determined by the tenderers, but not less than 5 % of the bid price (standard forms KIK030.0/M and KIK030.0.1/M).

(Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 12) Where necessary, these documents shall be confirmed from the general directorate and branch office of the related bank by the contracting

entity. The confirmations via fax have to bear the signatures of at least two officials.

In case of joint ventures, these documents can be provided jointly irrespective of the shares of the partners.

Balance sheets or equivalent documents of tenderer

Article 32- In the goods tenders where the balance sheet of tenderer is required in accordance with Article 36 of this Regulation, the tenderer has to submit the end-of-year balance sheet for the year prior the year when the tender is held or the parts of the balance sheet deemed necessary, otherwise the equivalent documents.

In the cases where such documents are required;

a) The current ratio showing whether the tenderer has the necessary liquidity and the power to cover debts in short term (one year) for providing the cash flow in certain periods (current assets / short term liabilities) must be minimum 0.50;

b) The equity ratio showing the extent of shareholders' equity within the assets (shareholders' equity / total assets) must be minimum 0.10;

c) Ratio of short term bank liabilities to the shareholders' equity must be less than 0.75.

The items indicated hereinabove are accepted as qualification criteria and all of these three criteria must be complied with at the same time.

The tenderers who can not meet these requirements in the preceding year may submit their certificates for up to the last two years, and in this case, it shall be checked whether the minimum values are met

based on the average of the last two years, for which the certificates are submitted.

The balance sheets or the parts of the balance sheets that are deemed necessary must be issued pursuant to the relevant legislation and approved by the certified financial consultant or independent accountant & financial consultant or the tax office.

The tenderers who do not present their balance sheets that are not compulsory to be issued or their parts may evidence their compliance with the criteria indicated hereinabove with certificates approved by the certified financial consultant or independent accountant & financial consultant.

In accordance with the values shown in the self-employment income ledger prepared and approved in accordance with the relevant legislation to be submitted by the self – employed, the previous year value of total income / total expense must be minimum (1,25). In this case, the ratios to be calculated based on the balance sheets or their necessary parts shall not be taken into consideration.

In case the tenderer is a joint venture, each of the tenderers has to submit the requested certificates separately and each of the partners must comply with the requirements indicated in paragraphs (a), (b) and (c). But in cases where the share of the pilot firm is more than 50%, compliance of the pilot company solely with these requirements shall be satisfactory.

(Amended: 08/06/2004- 25486 Official Gazette/ Article 13) In respect of the companies incorporated within the year when the tender is held, it shall be satisfactory to submit the opening balance sheet

meeting the balance sheet ratios mentioned in paragraphs (a), (b) and (c), and these balance sheets also have to be issued pursuant to the relevant legislation and approved by the certified financial consultant or independent accountant & financial consultant or the tax office.

Documents indicating the business volume of tenderer

Article 33- In the goods tenders where these documents are required in accordance with Article 29 of this Regulation, the tenderers shall submit the income table showing the total turnover of the tenderer for the last year before the year, in which the tender is held, and the documents showing the amount of work undertaken and completed by the tenderer in relation to the work constituting the subject matter of the tender. In respect of the goods to be procured from the self – employed, the turnover can be documented by virtue of the extract of free–employment income ledger.

In the calculation of the turnover, the total of the incomes obtained from the sales activities of the tenderer either within or out of the country shall be taken into consideration.

The last year values of these documents must not be less than 15% of the price to be proposed by the tenderer for total turnover and less than 10% of the price to be proposed by the tenderer for incomes from the sales. The tenderer that complies with either of these criteria and that submits the document evidencing such compliance shall be satisfactory.

The income table submitted as well as the self employment income ledger and the documents showing the total sales incomes relating to the amount of work undertaken and completed have to be approved by the certified financial consultant, independent accountant

& financial consultant or the tax office.

In the assessment of the works undertaken by the tenderer, the condition of performing the work under a contract in the private or public sector shall be required.

The amount of the Works completed by the Tenderer in a joint venture shall be taken into consideration in proportion with his share in such joint venture.

(Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 14) In respect of the joint ventures, the pilot partner and the other partners shall be liable to meet the minimum qualification criteria in proportion to their shares in such joint venture as the total turnover or total income of sales. Each of the joint venture partners has to submit the documents required separately.

In respect of the companies incorporated within the year when the tender is held, it shall be satisfactory to submit the documents indicating the total turnover or the total sales income, and the extract of free-employment profit book and the documents indicating the total sales income concerning the works undergoing and completed have to be issued pursuant to the relevant legislation and approved by the certified financial consultant or independent accountant & financial consultant or the tax office.

(Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 14) The total annual turnover or total sales income from the income statement shall be updated over the monthly TEFE (Table 2: Index in line “General”) published by the State Statistics Institute as of June 30th of the year when the income is obtained (the index in June published in

the subsequent month shall be taken as basis).

SECTION THREE

Documents Concerning Professional and Technical Qualification

Documents indicating that the tenderer is currently acting and is authorized to submit tenders

Article 34- The following documents shall be required from the tenderers in the goods tenders to be held by the contracting entities under this Regulation:

- a) In the event that the tenderer is a real person, the certificate received within the year when the first announcement with regard to the tender is made and indicating registration to the Chamber of Commerce and/or Industry or Profession,
- b) In the event that the tenderer is a legal entity, the certificate received from the registered Chamber of Commerce and/or Industry within the year when the first announcement with regard to the tender is made and indicating the registration of the legal entity,
- c) Signature statement certified by the notary public in the event that the tenderer is a real person,
- d) Original or notarized copy of Trade Registers Gazette indicating the shares of the shareholders of the company and their position within the company or the documents evidencing such issues as well as the signature circular of the legal entity certified by the notary public in the event that the tenderer is a legal entity.
- e) (**Annex: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 15**) Declaration concerning the personal companies that the tenderer owns and the capital companies that the tenderer holds more than half of the capital according to the nature of tenderer being a real person or legal entity (Standard Form KIK 027.3/M).

In the event of participation in the tender by proxy, the power of attorney vesting power to the person participating on behalf of the tenderer and the notarized signature statement of such person participating by proxy shall be required.

(Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 15) In the case of joint ventures, besides the joint venture statement (Standard Form KIK 028.0/M), the physical or corporate bodies that constitute the joint venture shall be liable to submit the documents listed under items (a), (b), (c), (d) and (e) separately.

Work Experience Certificates

Article 35- (Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 16) In the goods tenders where these documents are required in accordance with Article 29 of this Regulation, it is compulsory to require the certificates indicating the work experience concerning the work, which constitutes the subject matter of tender, or similar works, which have been accepted perfect by the contracting entity for the public or private sector at home or abroad within the last five years.

a) Basic criteria for the work experience certificate:

The tenderer shall be required to submit the work experience certificate concerning the single contract for the goods, which constitute the subject matter of tender, or similar goods at a percentage to be determined by the contracting entity, but not less than 25% and more than 50% of the price proposed by the tenderer.

In the case of joint ventures, the pilot partner has to meet minimum 30% of the amount of the minimum work experience. However, in each case, the amount of work experience of the pilot partner has to be

more than that of the other partner and the total amount of the work experience of the pilot partner and other partners must meet the minimum amount of work experience. If the work experience certificate of the pilot partner meets the qualification criteria defined by the contracting entity, the work experience certificate shall not be required from the partners.

The certificates indicating the work experience refers to the work completion certificate and work status certificate demonstrating the experience of the tenderer in the goods, which constitute the subject matter of the tender, or similar goods, and that are issued and evaluated according to the principles and procedures set forth in this Regulation hereby.

Similar works to be evaluated for the work experience refer to the goods that are similar to the goods, which constitute the subject matter of tender, or the portions of goods in respect of quality and size, and that are performed using the same or similar procedures, and that have similar qualities with respect to the plants, equipment, financial power, expertise, personnel and organization requirements.

In compliance with the principles set forth in the definitions, the contracting entities shall determine which good or goods are accepted as similar goods and specify them in the tender or prequalification document as well as the proclamation or solicitation documents concerning the tender or prequalification.

b) Issuance of work experience certificates:

The work experience certificates shall be issued by the contracting entity, for which the contract is performed, and approved by the

contracting officer in respect of the tender of goods for the public authorities and organizations under a contract.

The work experience certificate shall be issued for the works undertaken to the public authorities and organizations subject to a written contract on the basis of one single contract in the forms of;

- a) Work completion certificate (standard form KIK032.0/M) for the contractors of the works completed;
- b) Work status certificate (standard form KIK033.0/M) for the contractors of the works, minimum 70% of the contract amount is completed, in cases where there is a provision in the tender document for partial acceptance;

in order to evidence the professional experience of the party concerned.

Determination of the fact the contract amount has been completed by 70% is made by proportioning the amount paid over the contract prices to the contract amount exclusive of any price difference.

In order to be able to issue work status certificate for the works, minimum 70% of the contract amount is completed, it shall be required that there is a provision in the tender document allowing partial acceptance and the amount of works completed is paid or charged, and there is not any dispute and conflict with respect to the parts of works completed in respect of quantity, quality and amounts, and it is determined that there is not any obvious defect and deficiency to the extent to be on contrary to the contract and specifications in the acceptance report (in the provisional acceptance protocol in respect of tender of goods subject to the provisional acceptance) and the expression that the certificate does not contain acceptance shall be

added to such certificates.

Within the framework of the arrangements in Article 24 of Public Tender Contracts Law No: 4735, the work experience certificate shall be issued for the contractor up to the amount completed in the works completed with lower amount, but not less than 70% of the contract amount provided that this is specified.

If the contract is assigned with the permission of the contracting entity, the work experience certificate shall be issued for the contractor that performs at least 70% of the work in the period prior to or after the assignment.

In case of works performed by joint ventures, the same work status or work completion certificate indicating the percentage in such joint venture shall be issued to each partner.

The contractors of services contracted with the public authorities and organizations shall apply to the related authority or organization for work experience certificate by attaching the contract, acceptance protocol, payment documents, invoices and dissolution protocol, if any, estimated increase approvals and assignment contract to the application.

The authorities and organizations authorized to issue certificates and the persons for whom the certificates are issued shall be responsible for the accuracy of the information given in the certificates issued and the work experience certificate issued on the basis of such certificates.

The contractors of the works contracted with the private sector shall attach the contract, the copies of invoices or free-employment receipts

issued in relation to the contract to the tender and prequalification application documents and submit to the tender commission in order to evidence the work experience.

These documents submitted by the tenderers with the application document in relation to the work experience shall be evaluated by the tender commission during the tender or prequalification stage and it shall be determined whether the tenderer has the work experience or not. The tender commission shall be responsible for the evaluations in respect of the work experience, and the tenderer shall be responsible for the accuracy of the documents and information submitted.

In respect of the tenders of goods by the foreign and domestic tenderers abroad, the work experience certificates issued by the contracting entity or organization according to the legislation applicable in such country shall be accepted. In respect of the tenders of goods for the private sector abroad, the contract, if concluded, and the documents concerning the implementation of this contract, and if not concluded, the documents evidencing that the commitment has been made. The tenderer shall be responsible for the accuracy of the documents and information submitted.

c) Evaluation of work experience certificates:

Work completion certificates may not be used by, assigned, leased and sold to the third persons other than the real person or legal person that are the owners of certificate. If the legal person, which is a shareholder of the owners of such certificate, participates in the tender, the owner of certificate has to hold more than half of the shares of the legal person and such percentage is required in every tender, and this percentage is maintained during the term of performance bond in order

to be able to use such certificates. If the real persons or legal persons, the owners of the work experience certificate, hold more than half of the capital of more than one legal person, the work experience certificates may only be used by only one of such corporate bodies (KIK027.2/M). The contracting entities have to require from the contractor the letter of confirmation issued by the Trade Registers Office evidencing that this partnership percentage has been maintained in the contract progress tenders.

If the shareholders of the personal companies (except for the limited shareholder of a limited partnership company) leave the company, the work status or work completion certificate concerning the works completed or performed by at least 70% during the period of partnership shall be considered as personal work experience at the percentage of the shareholders that leave. While evaluating the amount of certificate for using these certificates on behalf of the company, the amount corresponding to the shares of the shareholders that leave shall be deducted from the total amount of certificate.

The work experience certificates for the works performed by the tenderers alone shall be considered completely while the work experience certificates for the works performed jointly by the joint ventures shall be considered at the percentage in that joint venture.

In evaluation of the work experiences, the works and parts of work performed in the last five years regressively as of the date of first proclamation of tender or prequalification shall be taken into account. The matter whether the experience amounts written in the work completion and work status certificates have been completed by minimum 70% of the contract amount shall be ascertained from the work experience certificates. In cases where it is not possible to

ascertain this matter from the work experience certificates, the payment documents and invoices concerning that work shall be taken as basis.

In evaluation of the work experience required in relation to the goods, which constitute the subject matter of the tender, or similar goods, the work experience certificates received on the basis of a single contract shall be taken into consideration. More than one work experience shall not be considered cumulatively.

d) Updating the work experience certificates and authority of commissions to make examination

The tender commissions shall be update the amounts written in the work experience certificates over the monthly TEFE published by the State Statistics Institute from the month, in which the contract is concluded (the index of previous month published in the month including the date of concluding the contract is taken as basis), until the date of first proclamation or solicitation for tender at home, and over the foreign exchange buying rate published by the Central Bank of the Republic of Turkey on the date of first proclamation or solicitation for tender in respect of the amounts of work experience certificates in foreign currency.

The tender commissions may require the documents deemed necessary among the ones such as the contract, acceptance protocol, payment documents and work increase approvals, if any, supplemental contract and assignment contract, joint venture contract etc. concerning the work experience, and the equivalents of such documents from the tenderers that have performed works abroad in order to examine the information in the certificates concerning the work experience

submitted by the tenderers.

Documents for determining the production, manufacturing capacity, research- development activities

Article 36- (Amended: 08/06/2004- 25486 Official Gazette/ Article 17) In respect of the following the documents, the ones deemed necessary may be required by the contracting entities in order to determine whether the tenderer has the production and/or manufacturing capacity to perform the work, which constitutes the subject matter of tender, and whether the tenderer is legally authorized to offer the product in view of the nature of tender:

- a) Documents indicating that the tenderer is a manufacturer and/or industry registration certificate and/or capacity report if the tenderer is a manufacturer;
- b) Documents indicating that the tenderer is an authorized seller and/or industry registration certificate and/or capacity report of the manufacturer if the tenderer is an authorized seller;
- c) Free zone activity certificate in addition to the documents listed above if the tenderer is a manufacturer or authorized seller acting in free zones in Turkey.

The documents concerning whether the tenderer performs research & development, and if any, the documents concerning the unit that performs such activities if deemed necessary according to the nature of work, which constitutes the subject matter of tender.

It shall be satisfactory when one of the partners comprising the joint venture or the pilot partner submits the documents required.

Documents concerning the organizational structure and personnel

of tenderer

Article 37- According to the nature of the subject tender/ work, the documents indicating that the personnel with the required qualifications are employed to produce the goods offered at the required quality and specifications and the documents indicating that the tenderer has a good organizational structure for easy and fast availability of the subject goods and the spares and spare parts when needed later, and also service and maintenance- repair may be required.

It shall be satisfactory when one of the partners comprising the joint venture or the pilot partner submits the documents required.

Documents concerning the machinery and other equipment

Article 38- The contracting entity may require the information and documents concerning the plants, machinery, tools and other equipment deemed necessary in order to produce the goods in the goods tenders where the goods shall be procured through production to meet the needs of the contracting entity.

It is essential that there is not any requirement of being the own product with respect to the plants, machinery, tools and other equipment. If the plants, machinery, tools and other equipment are the own products of the tenderer, it shall be evidenced by virtue of an invoice or notarized minutes of determination indicating that they are registered in the inventory or depreciation book, or the report of the certified financial consultant or independent accountant- financial consultant; and in respect of the equipment that will be supplied through commitment, the notarized letter of commitment has to be furnished.

With respect to the plants, machinery, tools and equipment brought under temporary import or in accordance with the provisions of Financial Leasing Law No: 3226 dd. 10/06/1985, they shall be deemed as the own products of the tenderer provided that the leasing contract is attached and payment of rentals up to the date of first proclamation of tender is evidenced.

In the case of joint ventures, the machinery, tools and other equipment shall be evaluated irrespective of the percentage of partnership.

Documents concerning the related technical personnel or technical organizations in charge of quality control

Article 39- The documents concerning how the quality control is performed may be required from the tenderer. In the event that these documents are required;

- a) Documents concerning that the tenderer has the sufficient personnel and the required facilities to perform the quality control if the quality control is performed by the unit of the tenderer;
- b) If the quality control is performed by technical organizations, the documents concerning that such organization is in compliance with the standards and accredited by an accreditation authority have to be submitted.

At least one partner has to submit these documents irrespective of the percentage of partnership in the joint ventures.

Certificates issued by the quality control bodies accredited in compliance with the international rules

Article 40- The contracting entity may require from the tenderer production qualification certificate, product certificates, quality

conformance certificate, quality management system certificate, laboratory qualification certificate, environmental management system certificate, and the certificates and documents for certification of personnel in view of the nature of tender of the goods, which constitute the subject matter of the tender. Such documents and certificates have to be issued by the certification and quality control bodies accredited by the Turkish Accreditation Authority or the certification and quality control bodies accredited by the national accreditation authorities given in the Mutual Recognition Agreement for International Accreditation Forum. It has to be confirmed with a letter issued by the Turkish Accreditation Authority that the certification and quality control bodies accredited by the national accreditation authorities given in the Mutual Recognition Agreement for International Accreditation Forum. It is not required to obtain the confirmation of the Turkish Accreditation Authority for the documents and certificates issued by the certification bodies that are announced to be accredited by the Turkish Accreditation Authority.

The provisions concerning the Certificate of TSE for the industrial goods that are required to have TSE marking and the provisions concerning the food registration certificate and food production certificate may be incorporated in the specifications for the products within the scope of Decree No: 560 Having the Force of Law on Production, Consumption and Supervision of Food enacted by the Ministry of Agriculture and Rural Affairs according to the compulsory standards imposed under the regulations of the relevant public authorities.

Samples, catalogues and photos of the goods to be supplied

Article 41- The contracting entities may also require submitting the samples, catalogues containing the detailed technical data, photos and

similar introductory materials in order to confirm that the proposed goods are in compliance with the specifications set forth in the tender document if deemed necessary by the contracting entities. The contracting entities may also require inspection by the experts designated by the contracting entities during the production and/or manufacturing and forwarding stages in order to confirm the accuracy of them.

SECTION FOUR

Evaluation of Qualification and Consortiums

Basis for evaluation of qualification

Article 42- The contracting entities may never employ grading procedure at any level of evaluation of qualification. The evaluation of qualification shall be made according to whether the minimum qualification values defined are met in compliance with the procedures and principles set forth in this Regulation.

Qualification in the open procedure

Article 43- In the open procedure, it shall be reviewed whether the qualification criteria defining the capacity of tenderers to be able to perform the work, which constitutes the subject matter of contract, and that are determined according to the procedures and principles set forth in this contract are in compliance with the conditions set forth in the tender document, and the tenderers that are not found to be in compliance shall be disqualified.

Qualification in the restricted procedure

Article 44- -In the tenders to be held through the restricted procedure since the nature of work requires expertise and/or advanced technology, the prequalification evaluation shall be made according to

the evaluation criteria set forth in the prequalification document and prequalification proclamation in order to determine whether the candidates meet the minimum qualification requirements in respect of expertise and/or advanced technology.

It is compulsory to define and evaluate the information and documents required at the prequalification phase in compliance with the principles and procedures given in this Regulation.

(Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 18)

However, the criteria to be stipulated in respect of the certificates to be obtained from the banks and the certificates indicating the business volume of candidates and the work experience certificates shall be determined as the monetary sum and required by the contracting entity as the qualification criteria in compliance with the nature of work and estimated cost.

As a result of the prequalification evaluation, those that fail to meet the specified minimum qualification requirements shall not be deemed qualified and the reasons of disqualification shall be notified to such persons in writing.

The letter of invitation to tender shall be submitted to all candidates found to be qualified with at least forty days to enable them to prepare their tenders.

(Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 18) If

deemed necessary by the contracting entities, the tenderers may be required to update the qualification certificates subject to updating provided that the information and documents as well as the criteria defined during the prequalification do not change in order to inspect

whether the qualification of the tenderers continue or not during the stage of receiving the tenders.

Qualification in the negotiated procedure

Article 45- In the tenders to be held through the negotiated procedure owing to the nature of work, the information and/or documents required in order to define the economic and financial qualifications and professional and technical qualifications of the tenderers shall be determined in compliance with the principles and procedures set forth in this Regulation.

(Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 19)

However, the criteria to be stipulated in respect of the certificates to be obtained from the banks and the certificates indicating the business volume of candidates and the work experience certificates shall be determined as the monetary sum and required by the contracting entity as the qualification criteria in compliance with the nature of work and estimated cost.

The qualifications of tenderers shall be determined according to the evaluation criteria set forth in the tender document with regard to the information and documents submitted.

Consortiums

Article 46- If the works require different expertise, it shall be specified in the tender document if the consortiums can submit tenders for the tender or not. If it is stipulated in the tender document that more than one real person or legal person can submit tenders for the tenders by establishing consortiums, the tenderers intending to submit tender for the tender by establishing a consortium shall submit the consortium agreement indicating the establishment of a consortium and the name of the coordinating partner along with their tenders.

If the contract is awarded to the consortium, the consortium shall be required to furnish the notarized consortium agreement before the contract is concluded.

Which part of the works is undertaken by the real person and corporate bodies comprising the consortium and that coordination shall be ensured among them through the coordinating partner in performing the contract have to be specified in the consortium agreement and contract.

SECTION FIVE

Disqualification from Tender and Those That Cannot Participate in Tender

Disqualification from Tender

Article 47- In accordance with Article 10 of Public Procurement Law No: 4734;

- a) Tenderers that go into bankruptcy, that are in the process of dissolution, whose transactions are executed by a court, that declare concordat, that suspend works or that are in similar situations in accordance with the legislative provisions applicable in their own countries;
- b) Tenderers whose bankruptcy has been declared, for whom compulsory dissolution is resolved, and that are under the administration of a court due to their debts to the creditors or that are in similar situations in accordance with the legislative provisions applicable in their own countries;
- c) Tenderers that have any outstanding debt due to social security premiums in accordance with the legislative provisions applicable in

Turkey or their own countries;

d) Tenderers that have any outstanding debt due to taxes in accordance with the legislative provisions applicable in Turkey or in their own countries;

e) Tenderers that are charged with any offense due to their business activities within five years prior to the date of tender;

f) Tenderers that are proved to act against business or professional ethics during the performance of works for the authority which holds the tender within five years prior to the date of tender;

g) Tenderers that are forbidden against any business activity by the registered chamber in accordance with the relevant legislation as of the date of tender;

h) Tenderers that do not furnish the data and documents specified in this Article or that furnish misleading data and/or counterfeit documents;

i) Tenderers that participate in the tender even though they are forbidden to participate in the tender pursuant to Article 11 of the Law No: 4734;

j) Tenderers that are determined to enter into forbidden deeds and actions as specified in Article 17 of the Law No: 4734;

The tenderers listed above shall be disqualified.

(Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 20) It is compulsory to require the written letters of commitment (standard forms KIK027.0/M and KIK027.1/M) from the candidates or tenderers participating in the tender that they are not in the cases mentioned under paragraphs (a), (b), (c), (d), (e), (g) and (i) along with the applications or tenders; and the certificates evidencing that the tenderer awarded is not in such cases before concluding the contract. Such documents to be submitted before concluding the contract have to indicate that the tenderer is not in the cases mentioned in paragraphs

(a), (b), (c), (d), (e) and (g) as of the date of tender.

(Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 20) In the case of joint ventures, the said letters of commitment and documents have to be submitted as whole as stipulated hereinabove.

In evaluation of the “outstanding social security premium debt in Turkey” provided in item (c) of paragraph 1, it shall be assumed that;

a) The tenderer has outstanding premium debt of the premium debts accrued in accordance with the relevant legislation are not paid in due time;

b) The tenderer does not have any outstanding premium debt until the finalization of judgment (including the phase for appealing of judgment) if any case is brought against the premium debt;

c) The tenderer does not have any outstanding debt if the premium debts not paid though overdue and postponed on maturity basis by the relevant authority as long as such maturities are not delayed;

d) The tenderer does not have any outstanding debt until the judgment is finalized (including the phase for appealing of judgments) if any case is brought against any proceeding by the relevant authority for collection in accordance with Law No: 6183 on the Procedure of Collection of Public Receivables.

In evaluation of the “outstanding tax debt in Turkey” provided in item (d) of paragraph 1, it shall be assumed that;

a) The tenderer has outstanding debt if the payment is not effected though overdue in respect of the taxes paid at certain dates as received upon statement or determined as base;

b) The tenderer does not have outstanding debt as long as the period for bringing case against the discretionary, supplemental withholdings or the withholdings made by the contracting entity does not elapse;

c) The tenderer does not have outstanding debt until the judgment is

finalized (including the phase for appealing of judgment) if the case is brought at the tax tribunal against the discretionary, supplemental withholdings or the withholdings made by the contracting entity;

d) The tenderer does not have outstanding debt if the overdue tax debts are divided into installments by the tax office and as long as the payments at due dates are not delayed;

e) The tenderer does not have any outstanding debt until the judgment is finalized (including the phase for appealing of judgments) if any case is brought before the tax tribunal against any proceeding by the tax office for collection in accordance with Law No: 6183 on the Procedure of Collection of Public Receivables.

If it is stated that it is transferred in the document issued from the associated tax office evidencing that the tenderer does not have any outstanding tax debt, the document has to be obtained from the previous tax office registered to the effect that the tenderer does not have any outstanding debt and such document has to be submitted to the contracting entity.

Those that cannot participate in tender

Article 48- Those listed below shall in no way be able to participate in the tender directly or indirectly, or as a subcontractor for themselves or on behalf of third persons;

a) Those that are prohibited temporarily or permanently to participate in public tenders in accordance with Laws No: 4734 and No: 4735, and provisions of other laws, and those charged with the offenses within the scope of Anti-Terror Law No: 3713 and organized crimes;

b) Those that have gone into false bankruptcy as determined by the relevant authorities;

c) Contracting officers of the contracting entity holding the tender and those persons employed in the boards having such authority;

d) The persons in charge of preparing, executing, concluding and

approving any tender proceedings of the contracting entity in relation to the work, which constitutes the subject of the tender;

e) Wives and close relatives up to third generation as well as relatives-in-law up to second generation, and adopted children of the persons specified in paragraphs (c) and (d);

f) Partners and companies of the persons specified in paragraphs (c), (d) and (e) (excluding the joint-stock companies, in which such persons are not within the Board of Directors or do not have more than 10% of the capital);

g) Tenderers of the foreign countries determined pursuant to the resolutions of the Council of Ministers in accordance with subparagraph 8 of paragraph (b) of Article 53 of Law No: 4734.

Contractors that provide consultation services in relation to the tender, which is the subject of the tender, shall not be able to participate in the tender. These prohibitions shall be applicable for the companies in partnership and management affiliation as well as the companies, which hold more than half of the capital of such companies.

Any bodies such as foundations, associations, unions and funds under the body of the contracting entity or established for any reason related to the contracting entity as well as the companies that are partners to these bodies cannot participate in the tender.

The tenderers that participate in the tender irrespective of the provisions mentioned above shall be disqualified and the respective bid bonds shall be registered as revenue. Furthermore, if the contract is awarded without determining the case at the stage of evaluation of tenders submitted, the relevant performance bond shall be registered as revenue and the tender shall be cancelled.

CHAPTER THREE

**Tender Letters and Guarantees, Receiving, Opening and
Evaluating
the Applications and Tenders, The Most Advantageous Tender in
Economic Terms and Concluding the Tender**

SECTION ONE

Tender Letters and Guarantees

Form of Tender Letters

Article 49- The tender letters shall be prepared from the standard forms annexed to this Regulation according to the nature of work (standard forms KIK018.0/M and KIK019.0/M).

The tender letter has to meet the following requirements:

- a) It has to be in writing;
- b) It has to be specified that the tender document has been completely read and understood;
- c) The amount proposed has to be written in figure and words clearly and consistently;
 - d) Any scraping, erasure and correction should not be available on it;
 - e) It has to be signed by the authorized persons by writing the name, surname or trade title.

The tender letters of the tenderers that submit tenders as a joint venture have to be signed by all partners or the authorized persons.

Failure of the tender letters to comply with the requirements mentioned above in respect of form and content shall be deemed as a deficiency to the extent to change the basis of the tender. Since the tender letters that do not meet any requirement, which the tender letters have to meet, shall be disqualified, the ways like changing and correcting them or remedying the deficiencies later shall not be

adopted. The tender of the tenderer, the tender letter of whom is rejected, shall be deemed disqualified.

Validity duration of tenders

Article 50- The validity duration of tenders shall be specified in the tender document. This duration may be extended up to the validity duration of tender set forth in the tender document as a maximum provided that the terms of tender and contract are not changed and upon approval of the tenderer if deemed necessary by the contracting entity.

Guarantees

Article 51- The bid bond shall be required from the tenderers in view of the provisions of Law No: 4734 and the arrangements in the Standard Administrative Specifications.

In the event that letter of guarantee is submitted, the scope and form of such letters of guarantee have to be in compliance with the standard forms annexed to this Regulation (standard forms KIK029.0/M, KIK029.1/M, KIK029.2/M).

If the tenderer is a joint venture, the partners may either submit tenders at percentage of their shares or the total amount of guarantee may be covered by one or several of partners irrespective of the percentage of partnership.

The letters of guarantee issued on contrary to such principles shall not be deemed valid.

(Annex: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 21) Where necessary, the letters of guarantee shall be confirmed by the directorate general or branch of the associated bank or private financial

institution. The confirmations via fax have to bear the signatures of minimum two officers.

SECTION TWO

Receiving, Opening and Evaluating the Applications and Tenders

Receiving and opening the applications and tenders and completing the deficient documents and information (Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 22)

Article 52- The prequalification and tender document issued according to the principles set forth in this Regulation shall be given to the candidates and tenderers that are desirous to participate in prequalification or tender against charge (standard form KIK005.0/M). The prequalification evaluation or the applications submitted until the date and time of tender (standard form KIK017.0/M) and the proceedings of receiving and opening the tenders shall be performed within the framework of the provisions set forth in Law #4734 and Standard Administrative Specifications and using the following standard forms:

- 1- Standard Form KIK006.0/M: Prequalification Application/ Qualification Application/ Tender Tender Envelope Receipt Certificate.
- 2- Standard Form KIK007.0/M: Minutes for Receipt of Prequalification Application Documents/ Qualification Application Documents/ Tender Tender Envelopes by the Tender Commission.
- 3- Standard Form KIK008.0/M: Minutes for Time of Receipt of Prequalification Application Documents/ Qualification Application Documents/ Tender Tender Envelopes Due To Delay in Posting.
- 4- Standard Form KIK009.0/M: Minutes of Tender Commission for Prequalification Application / Qualification Application / Tender

Tender Envelopes Disqualified For Non-Compliance.

5- Standard Form KIK010.0/M: Minutes for Opening Envelopes and Control of Documents.

If the documents that are required to be submitted within the application or tender envelope within the tender document and any of the annexes that are compulsory to be attached to such documents in accordance with the pertinent legislation are not submitted by the candidates or tenderers, such deficient certificates and annexes thereto cannot be completed by the contracting entities.

However,

a) Except for the requirements that the bid bonds and letters of guarantee have to meet legally, if there is deficient information in the documents submitted to the extent not to change the basis of tender with regard to the consequence of tender, the documents for remedying such deficient documents;

b) Except for the major aspects that the document has to meet in respect of the document issued by the candidates and tenderers and issued by the other authorities, organizations and persons, the documents to remedy the deficient information to the extent to cause hesitation concerning the contents of document and arising from the authorities, organizations or persons issuing the document shall be completed by the contracting entities.

In this framework, a reasonable time for completion shall be given to the candidates or tenderers by the contracting entities in view of the quality of documents that are concerned with remedying the deficient information required to be completed.

If the documents submitted by the candidates or tenderers within the period of time concerning the completion of the deficient information by the contracting entities are issued at a date later than the date of application or tender, these documents shall be accepted if the

candidate or tenderer evidences that he meets the requirements for participation in the tender as of the date of application or tender.

Evaluation of applications

Article 53- The prequalification application documents in the restricted procedure and the qualification application document in the negotiated procedure shall be evaluated by using the following standard forms within the framework of the principles set forth in Law #4734, this Regulation and the specifications drawn up:

- 1- Standard Form KIK011.0/M: Minutes for Reasons of Non-Compliance of the Incompliant Documents.
- 2- Standard Form KIK012.0/M: Minutes for Result of Evaluation for Prequalification/ Qualification.
- 3- Standard Form KIK013.0/M: Form for Notification of Result to the Unqualified Candidates/ Tenderers in Evaluation for Prequalification/ Qualification.
- 4- Standard Form KIK014.0/M: Form for Notification of Result to the Qualified Candidates As A Result of Evaluation for Prequalification and Letter of Invitation to Submit Tender.
- 5- Standard Form KIK015.0/M: Form for Notification of Result to the Qualified Candidates As A Result of Evaluation for Qualification and Letter of Invitation to Submit Tender in the tenders held through the negotiated procedure according to paragraphs (a), (d) and (e).
- 6- Standard Form KIK016.0/M: Form for Invitation of Tenders To Submit Tenders in Negotiated Procedure.
- 7- (**Annex: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 23**) Standard Form KIK011.1/M: Work Experience Certificate Updating and Evaluation Form.

Evaluation of Tenders

Article 54- The tender documents shall be evaluated by using the

following standard forms within the framework of the principles set forth in Law #4734, this Regulation and the specifications drawn up and the most advantageous tender in economic terms shall be determined:

- 1- Standard Form KIK011.0/M: Minutes for Reasons of Non-Compliance of the Incompliant Documents.
- 2- Standard Form KIK010.0/M: Minutes for Envelope Opening and Document Control
- 3- Standard Form KIK020.0/M: Minutes for Prices Proposed in Open, Restricted and Negotiated Procedure.
- 4- Standard Form KIK020.1/M: Minutes for Evaluation of Prices Proposed in Open, Restricted and Negotiated Procedure With Criteria Other Than Price and/or Price Advantage In Favor of Domestic Tenderers That Propose Domestic Goods
- 5- (**Annex: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 24**) Standard Form KIK011.1/M: Work Experience Certificate Updating and Evaluation Form.

In the tenders where it is stipulated that the tender can be submitted in Turkish Lira or other currencies in the administrative specification, the evaluation of tenders shall be made by converting the proposed amounts to the currency applicable for payment over the foreign exchange buying rate or cross rates published by the Central Bank of the Republic of Turkey on the date of tender.

SECTION THREE

The Most Advantageous Tender In Economic Terms and Concluding the Tender

The Most Advantageous Tender In Economic Terms

Article 55- It is essential that the lowest price is applied in determining the most advantageous tender in economic terms in the

goods tenders.

In cases where it is not possible determine the most advantageous tender in economic terms on the lowest price basis only, the contracting entities shall determine the most advantageous tender in economic terms in view of the criteria other than price such as the cost of operation and maintenance, efficiency of cost, productivity, quality and technical value.

The contracting entities may also take into account other criteria than the ones mentioned above for determining the most advantageous tender in economic terms in consideration of the requirements of goods, which constitute the subject matter of tender.

In the tenders where the most advantageous tender in economic terms shall be determined in view of the criteria other than the price, the monetary values have to be specified in the administrative specification. For the criteria that are not possible to be expressed as monetary values, the relative weights shall be defined in the administrative specification.

The matters such as what the criteria other than price are for evaluation, the monetary values of those that can be denoted in monetary values, the calculation method of such values and if it is stipulated to evaluate at certain percentages with the tender price owing the nature of subject goods, the weight coefficients, the calculation methods applied for evaluation, the relative weights of those that cannot be denoted as monetary values, procedures and principles of calculation and evaluation, the weight coefficients and the distribution of each criterion other than price in the total weight of criteria other than price shall be explained.

(Annex: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 25) The criteria stipulated in evaluation of qualification may not be stipulated as the criteria other than price in evaluation of tenders and such

criteria may not be used as the criteria other than price.

The criteria other than price

Article 56- If it is specified in the tender document that the criteria other than price shall be taken into account, the contracting entities may determine the most advantageous tender in economic terms in view of all or part of the criteria mentioned below according to the specifications of the goods, which constitute the subject matter of tender:

a) Operation and maintenance cost: The operation and maintenance cost includes the operation, use and maintenance of the goods to be purchased by the contracting entities within the framework of their economic life cycles and capacities, and monitoring and evaluating the variable costs indirectly and remedying the possible problems that may arise during the period of use.

The operation and maintenance cost of the goods to be purchased constitutes the most important part of the cost that shall arise during the life cycle of the goods.

In view of the whole and some part of the life cycle of the goods or the guarantee period;

- 1) periodic maintenance intervals,
- 2) durations of periodic maintenances,
- 3) cost of spare parts and consumables to be replaced during the periodic maintenance,
- 4) labor cost for the periodic maintenances, and
- 5) cost of spare parts needed by the contracting entity owing to breakdown, damage or expiry of the life cycle and anticipated to be purchased within a certain operation period by taking the existing data concerned with the similar goods available as basis, and other costs for operation and maintenance shall be evaluated during such period.

However, these costs shall not be taken into consideration in the

tender of goods with a life cycle less than one year.

b) Cost effectiveness: This refers to the maximum benefit by ensuring that the sum of purchasing price of the subject goods/ machinery/ plant/ production line/ technology transfer and the input costs required for production and the operation and maintenance costs required for producing the goods/ operating the machinery, and if any, energy consumption cost or the additional cost items arising from the number of personnel employed during the production phase is kept at minimum level within the final production.

The contracting entities have to determine an estimated cost by not only including the purchasing price of a good, but also adding the annual operation period expenses listed above and the estimated unit production and sales cost items to the annual depreciation amount to be calculated over the purchasing price in order to obtain a unit product, and evaluate the cost effectiveness of the good/ machinery with the lowest cost among the substitutable goods in calculation of the cost effectiveness.

c) Productivity: This refers to obtaining the maximum work, product and such outputs according to the field of use with the goods intended to be purchased. The tenderers specify that they guarantee the productivity set forth in the technical specification. During the evaluation, the unit cost of the productivity of goods provided in the price offer shall be calculated.

d) Quality: This refers to the sum of the specifications of a good defined or its ability to meet the needs that may arise. The quality of goods is affected from every stage of some interlinked activities such as design, production, service and maintenance. These matters have to be evaluated objectively and based upon these certificates.

e) Technical value: The contracting entities may take into account any of the following criteria such as that the goods to be supplied are produced using the advanced technologies depending upon the field of

use, and they are in compliance with new designs in respect of capacity and productivity, and that the system can be relocated on as-needed basis, and that the design, location, installation and accessories of the system are in compatible with the operation conditions, and that they meet the requirements in respect of occupational safety and that they are competitive in respect of production methods and techniques according to the field of use of goods.

f) Specific additional criteria: Specific additional criteria such as the availability of training and after-sales servicing that are deemed beneficial to take into account as a nature of the subject goods as well as the elimination costs may be specified in the administrative specification. But, it has to be essential that such criteria establish the advantage of the subject goods in economic terms and are denoted as monetary values if possible.

Proposal of the same price

Article 57- (Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 26) In the tenders where the most advantageous tender in economic terms is determined according the lowest price basis, the criteria other than price shall be set forth in the administrative specification and if it is understood that the same price is proposed by more than one tenderer and these prices constitute the most advantageous tender in economic terms, the most advantageous tender in economic terms shall be determined and the tender shall be concluded by evaluating the criteria other than the price.

Abnormally low tenders

Article 58- The tender commission shall determine the abnormally low tenders according to the other tenders or the estimated cost determined by the contracting entity among the tenders submitted. The tender commission requests in writing the details about the

components determined to be important in the tender from the tenderers within the designated period of time before rejecting such tenders.

The tender commission evaluates the abnormally low tenders in consideration of the written clarifications through documenting that;

- a) The production process is economical;
- b) The technical solutions chosen and the advantageous conditions to be used by the tenderer in supplying the goods and services;
- c) Exclusivity of the goods supplied.

As a result of such evaluation, the tenders of the tenderers whose clarifications are not found satisfactory or that fail to make written clarifications shall be rejected. The abnormally low tenders not rejected by the tender commission shall be taken into consideration as valid tenders.

Application of price advantage in favor of domestic tenderers proposing domestic goods

Article 59- In the tenders where it is specified that price advantage shall be applied in favor of the domestic tenderers in the administrative specification up to 15%, the most advantageous tender in economic terms shall be determined by applying the price advantage at the percentage specified in the administrative specification.

In the tenders where it is specified that price advantage shall be applied in favor of the domestic tenderers, the most advantageous tender in economic terms shall be determined by applying the criteria other than price firstly, and then the price advantage in favor of domestic tenderers proposing the domestic goods.

Such price advantage to be applied in favor of the domestic tenderers shall be calculated by adding the price advantage to the tender prices submitted by the other tenderers. The domestic tenderers that will

participate in the tender through establishment of joint venture with the foreign tenderers may not make use of such price advantage.

Rejection of all tenders and cancellation of tender

Article 60- The contracting entity shall be free to reject all tenders submitted and cancel the tender upon the resolution of the tender commission. If the tender is cancelled, this shall be immediately informed to all tenderers. The contracting entity shall not assume any liability for rejection of all tenders. However, the contracting entity shall notify the grounds for cancellation of tender if the tenderers make a request to this effect.

Conclusion and approval of tender and signing of contract

Article 61- As a result of the evaluation, the contract shall be awarded to the tenderer that submits the most advantageous tender in economic terms and the resolution of the tender commission with causes thereof shall be submitted to the contracting officer for approval (standard form KIK021.0/M).

The contracting officer shall approve the tender resolution within five (5) days at the latest following the date of such resolution or cancel the same by clearly indicating the reasons.

The tender shall be deemed valid if the resolution is approved, and void if the resolution is cancelled.

The contracting entities shall confirm from the Public Procurement Authority whether the tenderer awarded is prohibited from participating in tenders before the tender resolutions are approved by the contracting officer, and shall be liable to attach the related document to the tender resolution.

If it is understood that the tenderer awarded is prohibited, the tender resolution shall not be approved by the contracting officer and the tender shall be cancelled.

The proceedings such as notification of the finalized tender resolutions, invitation to conclude the contract and signing the contract shall be performed within the framework of the provisions of the administrative specification for the work, which constitutes the subject matter of tender, as issued in accordance with Law No: 4734 and the principles of this Regulation (standard forms KIK022.0/M, KIK023.0/M, KIK024.0/M, KIK024.1/M).

“Tender Information Form” to be drawn up after signing the contract by the respective parties shall be sent to the Public Procurement Authority within thirty (30) days at the latest.

(Annex: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 27) A copy of the certificate concerning the bid bond returned to the tenderers as certified to be a true copy of the original by the contracting entity shall be stored in the tender proceedings dossier.

(Annex: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 27) The tenders and applications submitted by the candidates and tenderers except for the bid bond shall not be returned after the tender is concluded. However, the originals of documents submitted to the contracting entity within the tender or application dossier and that are possible to be used in other tenders shall be returned to the candidate or tenderer upon request. In this case, a copy of the document, the original of which is returned, certified to be a true copy by the contracting entity has to be stored in the tender proceedings dossier.

Failure of the tenderer awarded to sign the contract

Article 62- (Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 28) In the event that the tenderer that is awarded the contract does not provide the documents evidencing that he is not in the cases listed under items (a), (b), (c), (d), (e) and (g) of Article 10 of Law No: 4734 as well as the performance bond or does not sign the contract, then the contract may be concluded with the second most

advantageous tenderer in economic terms if it is approved by the Contracting Officer in accordance with Article 44 of the Law.

But, in this case, it shall be checked from the Public Procurement Authority if the second most advantageous tenderer in economic terms is prohibited in participating in tenders before the approval of the contracting officer and the related document shall be annexed to the letter of approval and the tenderer shall be required to submit the documents evidencing that he is not in the cases listed under items (a), (b), (c), (d), (e) and (g) of the last paragraph of Article 10 of Law No : 4734 as well as the performance bond.

If the second most advantageous tenderer in economic terms does not submit the documents evidencing that he is not in the cases listed under items (a), (b), (c), (d), (e) and (g) of the last paragraph of Article 10 of Law No: 4734 as well as the performance bond, he shall be prohibited from participating in any tender held by all public organizations and bodies as stipulated in the relevant Law for a period up to one year, but not less than six months in accordance with Article 58 of Law.

Proclamation of tender results

Article 63- (Amended: 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 29) The tender results concerning the goods tenders that exceed the monetary sum defined in Article 47 of Law No: 4734 and updated in accordance with Article 67 of the same Law shall be proclaimed by publishing in the Public Tender Bulletin within fifteen (15) days at the latest following the date when the registration of the contract by the Court of Accounts is notified to the contracting entity, and in cases where such registration is not necessary, the date when the contract is signed by the respective parties (standard form KIK025.0/M).

The contracting entities may proclaim the tender results in other

newspapers or means of publication at home and abroad, information processing network or electronic communication (Internet) separately according to the importance and nature of the work, which constitutes the subject matter of the tender.

CHAPTER FOUR

Final Provisions

(Article 64: Public Tender Bulletin has been abolished by 08/06/2004 – 25486 Official Gazette / Article 30).

Legislation abolished

Article 65- By virtue of this Regulation hereby, the Regulation on Implementation of Goods Tenders published in the Official Gazette No: 24942 dd. 20/11/2002 has been abolished.

Enforcement

Article 66- This Regulation hereby shall take force on the date of publication.

Execution

Article 67- The Chairman of Public Procurement Authority shall execute the provisions of this Regulation.

Conclusioni

Lo studio dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione ha fatto emergere numerosissime peculiarità che vanno ben oltre la procedura di scelta del contraente privato.

I limiti individuati grazie all'analisi dei principi e delle regole disciplinanti l'appalto pubblico ha posto in evidenza che il perseguimento dell'interesse pubblico non caratterizza soltanto l'area della programmazione degli interventi, ma riguarda tutti gli spazi dell'attività negoziale, irrompendo anche in quegli istituti storicamente considerati vere e proprie roccaforti dell'autonomia contrattuale.

In particolare si è rilevato come le restrizioni più significative nella disciplina della formazione del contratto e nell'esecuzione del rapporto gravino innanzitutto sull'autonomia delle stazioni appaltanti le quali non possono affermare la propria libertà di scelta del contraente, fissare l'oggetto del contratto o, più in generale, utilizzare il negozio per finalità estranee al perseguimento di interessi pubblici.

Anche le regolamentazioni che in apparenza toccherebbero solo la sfera di libertà del contraente privato hanno di sovente ripercussioni sull'autonomia dell'amministrazione più gravose di quanto ci si attenderebbe da un'analisi sommaria delle norme.

Appare emblematica di tale tendenza la parabola della disciplina sulla cessione del contratto d'appalto pubblico che, nata per limitare le facoltà del privato impedendo modifiche soggettive dell'appaltatore selezionato con la procedura di evidenza pubblica, ha paradossalmente finito per restringere la libertà della stessa stazione appaltante che, diversamente dai committenti privati, è costretta a subire le eventuali operazioni di cessione o di trasformazione, fusione, scissione, che investano l'azienda dell'esecutore senza poter optare, se non nei casi tassativamente indicati dalla legge, per l'inefficacia di queste nei propri confronti (come invece ammesso nel diritto comune dei contratti in forza dell'art. 2558 c.c. che

consente al terzo contraente di recedere dal contratto dimostrando l'esistenza di una giusta causa).

Nel medesimo senso, ma su un altro versante, si è anche sottolineato come il divieto di rinegoziare le condizioni del contratto cristallizzate al momento dell'aggiudicazione, pur finalizzato a garantire la *par condicio competitorum*, impedisca di fatto all'amministrazione di conseguire risparmi di spesa, assicurando più ampi margini di utile ai privati.

L'insieme di restrizioni sopra sottolineate non ha però impedito di continuare a rinvenire nell'esercizio dell'autonomia il fondamento dell'attività negoziale della pubblica amministrazione.

L'attività negoziale ha, quindi, smesso di essere esclusivamente legata alle posizioni reciproche dei contraenti, ma con sempre maggiore frequenza viene inciso in vario modo da interessi terzi che ne influenzano i contenuti, traghettando il diritto comune verso schemi che avvicinano il potere di autonomia privata all'area della discrezionalità.

In siffatto contesto è senza dubbio possibile affermare che l'attività contrattuale dell'amministrazione, sebbene non libera nei fini bensì conformata in ogni momento al perseguimento dell'interesse pubblico, resti pur tuttavia esercizio di autonomia negoziale.

Ed è proprio questa prospettiva che ha consentito di guardare ai diversi istituti che costellano la disciplina del contratto di appalto pubblico utilizzando la lente del diritto privato al fine di analizzare i punti di contatto e le differenze.

Particolare interesse ha rivestito l'approfondimento della conoscenza delle attività contrattuali e delle norme vigenti in alcuni Paesi emergenti ricadenti nel bacino Euro-Mediterraneo, anche alla luce dei prossimi ingressi nell'ambito della Comunità Europea e dei cospicui investimenti, anche di provenienza estera, previsti in tali Paesi.

Le conclusioni conducono ad un aspetto fondamentale riconducibile ad un unico obiettivo: il perseguimento del pubblico interesse.

In tale ottica, nel corso degli ultimi decenni il Legislatore ha operato ed

è tuttora impegnato per armonizzare regole e norme che disciplinano le attività contrattuali delle Pubbliche Amministrazioni della U.E. alle quali fanno specifico riferimento anche i Legislatori dei Paesi emergenti del Bacino Euro-Mediterraneo.

Bibliografia

- V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002, 655 ss.;
- S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2004, specie, 286 ss.;
- M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, 235 ss.;
- M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Scritti in onore di A.C. Jemolo*, III, Milano, Giuffrè, 1963, 270 ss.;
- G. MORBIDELLI, *Verso un diritto amministrativo meno speciale?* in *Dir. pubbl.*, 3, 1997, 803 ss.;
- E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 85 ss.;
- S.CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997, 85 ss.;
- A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1999;
- A. MASSERA, *I contratti*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo generale*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2003;
- E. PICOZZA, AM. SANDULLI, M. SOLINAS, *I lavori pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, X, 1990, 67 ss.;
- G. SCIULLO, *Principi del procedimento amministrativo e lavori pubblici*, in *Regioni e governo locale*, 5 - 6, 1994;
- G. DAINESE, *La disciplina del procedimento amministrativo alla luce della riforma introdotta dalla legge n. 15/2005*, in *Nuova rass. leg. dottr. e giur.*, 8, 2005, 938;
- F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1 ss.;
- G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1983, 101 ss.;
- E. PICOZZA, *Attività private, interessi pubblici, giurisdizione*, in *Riv. amm.*, 1996, 801 ss.;
- M.P. CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso*

dilemma? in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 301 ss;

D. SORACE, *In tema di politica, amministrazione, discrezionalità, autorità*, in *Democrazia e amministrazione. In ricordo di V. Bachelet*, a cura di G. Marongiu e G.C. De Martin, Milano, 1992, 177 ss;

A. CANCRINI, P. PISELLI, *Le categorie di servizi di cui agli All. 1 e 2 del d.lgs. n. 157/1995*, in *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, a cura di F. Mastragostino, Padova, Cedam, 1998, 189 ss.;

AA.VV., *I servizi pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo, diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2000;

R. VILLATA, *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, in *Dir. amm.*, 3, 2003, pag. 493;

G. NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, intervento al Convegno *Dieci anni di riforme amministrative*, tenutosi a Roma il 27 maggio 2004, in *Giorn. dlr. amm.*, numero speciale, 2004, pagg. 33 ss;

R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1955, pag. 144;

A. M. SANDULLI, *Le norme tecniche per l'edilizia*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 1974, II, 189 ss.;

F. GARRI, N. ASSINI, *Norme tecniche per l'edilizia*, Milano, Giuffrè, 2001;

AA.VV., *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di L. Carbone, F. Caringella e G. De Marzo, Milano, Giuffrè, 2000;

M. MIGUIDI, *Appalti di lavori pubblici dopo il regolamento generale*, 2000, Milano, Giuffrè, 47 ss.;

V. LAVAGNA, *La delegificazione: possibilità, forme e contenuti*, in *Scritti per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, IV, Firenze, 1969, 326;

V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, IV ed., 1993, 152 ss.;

M. GRECO, *Il nuovo capitolato generale dei lavori pubblici (d.m. 19 aprile 2000, n. 145)*, in *Riv. giur. edilizia*, 5, 2000, 393 ss.;

A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2003, 996.;

G. PALLIGGIANO, *La rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Giust. amm.*, 2006, 846;

- V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1911;
- G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e imprese*, 2002, 775;
- C.M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, IV, Milano, Giuffrè, 1993, 443;
- U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, Utet, 1961, 1262;
- G. MUSOLINO, *L'incidenza del fallimento sul contratto d'appalto*, in *Riv. Trim. app.*, 2001, 449;
- G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, I, Diritto dell'impresa*, Torino, Utet, III ed., 2000, pagg. 151-159;
- F. FERRARA, F. CORSI, *Imprenditori e società*, Milano, Giuffrè, XII ed., 156 ss.;
- G. SALA, *Il subappalto e le altre modificazioni soggettive nell'appalto*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, Milano, Cedam, II ed., 2004, 742;
- G. VIRGA, *Le modificazioni soggettive nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1990, 13 ss.;
- G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 1994, 506;
- A.V. SINISI, *Cessione di ramo d'azienda: natura ed effetti nell'appalto di opere pubbliche*, in *Urb. e app.*, 9, 1998, 939;
- M. SANINO, *Disciplina intertemporale del subappalto. L'individuazione della categoria prevalente. Requisiti del subappaltatore*, in *App. urb. edil.*, 1999, 453;
- I. MELIS, *Brevi note sulla discrezionalità della pubblica amministrazione appaltante in materia di autorizzazione al subappalto di opere pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 1988, 93;
- G. VIRGA, in AA.VV., *La riforma dei lavori pubblici*, a cura di A. Angeletti, Torino, Giappichelli, 2000, 2693;
- CANCRINI, P. PISELLI, V. CAPUZZA, *La nuova legge degli appalti pubblici*, Roma, 2006, 324;
- R. DAMONTE, D. GALLI, *Il general contractor*, Milano, Giuffrè, 2005, 126;
- E. STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1999, 43;

- P. SANTORO, *Manuale dei contratti pubblici*, Maggioli;
- F. G. SCOCA, A. POLICE, *La risoluzione del contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1997, 7;
- AA.VV., *La disciplina dei contratti pubblici*, a cura di M. Baldi e R. Tomei, Milano, Ipsoa, 2007, 1171;
- C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, 315;
- G. BENETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, Jovene, 1997;
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 2000, 997;
- DE LISE, *Contratti in materia urbanistica*, in STANZIONE E SATURNO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, pagg. 679 ss.;
- M. TUCCI, *Programmazione amministrativa e pianificazione del territorio*, Torino, 2003;
- P. URBANI, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000;
- V. CERULLI IRELLI, *Qualche riflessione su "accordi" e "contratti di diritto pubblico"*, in *Gli Accordi privati, pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, a cura di G. Barbagallo, E. Follieri e G. Vettori, Napoli, ESI, 1995;
- G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato - I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, Giuffrè, 1996; ID., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, *Dir. amm.*, 3, 2002.
- P. CHIRULLI, *L'affidamento a contraente generale*, ne *I Contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, vol 8, tomo II, Milano, Utet, 2008, 950 ss.;
- L. FIORENTINO, C. LACAVA, *Le nuove direttive europee negli appalti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, *Quaderni*, diretto da S. Cassese, 9, 2004;
- L. GIANPAOLINO, *La disciplina della trattativa privata e delle varianti nella l. 109/94 c.d. Merloni e sue successive modifiche*, in *Foro amm.*, 1998, 2587;
- P. ROSCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Milano, Ipsoa, 2000, 236;
- F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- P. GRECO, *Il diritto commerciale nella Jamahiriyya libica, le recenti evoluzioni*

normative, a cura del Centro Interdipartimentale Scienze dell'Islam (Cisdi) - Università di Bologna e Camera di Commercio paritetica Italo-Libica, 2006;

F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005;

M. PAPA, "I principi generali del diritto nelle codificazioni civili dei Paesi Arabi Maditerranei", in *Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani nell'area del Mediterraneo*, il Mulino, Bologna, 2003, 289-315;

AA. VV., *Il Mediterraneo economia e sviluppo*, Jaca Book, 2002;

AA.VV., *The World Factbook 1998*, sito internet Cia, Usa, 1998;

Analisi dei mercati internazionali, n. 37/97.- Serie gialla, CCIAA di Reggio Emilia, 1997;

AA.VV., *I sistemi bancari dei Paesi emergenti: Brasile, Cina, India, Nord Africa, Russia, Turchia*, Bancaria Editrice, 2007;

Acque e Terre, «Unione doganale e integrazione economica» Bimestrale di politica internazionale n. 3/2006;

Acque e Terre, investimenti esteri diretti in Turchia, Bimestrale di politica internazionale n. 3/2006;

Associazione per gli Studi internazionali e comparati sul diritto del lavoro e sulle relazioni industriali, *Il lavoro temporaneo nella recente riforma del mercato del lavoro in Turchia*, di Selale Usen, n. 26/2006;

Banking Regulation and Supervision Agency, *Annual Report*, 2005; Bozarslan Hamit, *La Turchia contemporanea*, Il Mulino, 2006;

R. DEL PICCHIA, *La candidature de la Turquie a l'Union Europeenne*, pag. 79, 2004; *Diritto pubblico comparato ed europeo*, "Le procedure per l'allargamento dell'Unione europea: secondo semestre 2006", I, 2007;

P.G. DONINI, *I Paesi arabo-musulmani*, Edizioni Lavoro, 1995;

V. FIORANI PIACENTINI, *Turchia e Mediterraneo allargato*, Ed. Angeli, 2006; FMI — Fondo Monetario Internazionale, *IMF Country Report* n. 07/161, 2007;

ICE, Istituto nazionale per il Commercio Estero, *Rapporti Paese congiunti Ambasciate, Uffici ICE Estero*, Turchia, 2° sem. 2007;

ICE, Istituto nazionale per il Commercio Estero, *Turchia: un mercato tipo per l'internazionalizzazione dell'azienda italiana*, 1998;

Istituto Affari Internazionali, *Turkey and European Security*, 2007;

B. LEWIS, *La costruzione del Medio Oriente*, Laterza, 1998;

L. LOMBARDI, *Manuale di tecnica doganale e commercio estero*, Franco Angeli, 2005;

VALTUI KURKDJIAN, *Contratti internazionali 300 casi risolti*, IPSOA, 2004;
Collana relazioni sulle missioni Ice, 1959-2003;

HANA RAJEB LAMLUM, *I rapporti tra Italia e Libia nella stampa nazionale italiana. Aspetti generali ed aspetti specifici legati alla collaborazione economica*, Eurispes, 2004;

Ice, Normativa sugli appalti pubblici, Tripoli, 2002;

Ice, Guida agli investimenti in Libia, Tripoli, 2001;

Iozzolino, *La Libia: geopolitica e geoeconomia tra mondo arabo, Africa e Mediterraneo*, Giappichelli, 2003;

S. SEMPLICI, I. TROIANI, *Italia e Mediterraneo: le occasioni dello sviluppo*, il Mulino, 2000;

Questions internationales, *La Turquie et l'Europe*, n. 12, marzo-aprile 2005;

HAMIT BOZARSLAN, *La Turchia contemporanea*, Il Mulino, 2006;

E. ZURCHER, *Storia della Turchia*, ed. Donzelli 2007;

www.kik.gov.tr.

http://www.ihale.gov.tr/Yayinlar_Dokumanlar/dokumanlar_english.htm;

www.ice.it;

www.italtrade.com;