

(2), 1974-1975]. Inoltre (sempre riprendendo la dottrina appena cit.), pur non essendo richiamato l'art. 75 del codice in tema di cauzione per la formulazione dell'offerta ("garanzia" pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito), non sembra revocabile in dubbio, alla luce della finalità che la garanzia indicata assicura, che debba prevedersi la cauzione anche nel caso delle speciali procedure oggetto di questo commento. Allo stesso modo non può prescindersi (anche se non richiamato) dal rispetto dell'art. 67 del codice relativamente all'obbligo per l'amministrazione di invio simultaneo degli inviti a tutti i candidati ("Nelle procedure ristrette, nel dialogo competitivo, nelle procedure negoziate con e senza pubblicazione di un bando di gara, le stazioni appaltanti invitano simultaneamente e per iscritto i candidati selezionati a presentare le rispettive offerte o a negoziare o, in caso di dialogo competitivo, a partecipare al dialogo"). Infine, la procedura oggetto di questo commento sembra adattarsi perfettamente alla previsione contenuta nell'art. 53, c. 6, codice, secondo cui "in sostituzione totale o parziale delle somme di denaro costituenti il corrispettivo del contratto, il bando di gara può prevedere il trasferimento all'affidatario della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice".

**BIBLIOGRAFIA:** (1) CARANTA, *Il dialogo competitivo, l'accordo quadro, i sistemi dinamici di acquisizione, la speciale procedura di aggiudicazione per i lavori di edilizia residenziale pubblica*, DE NICTOLIS, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano 2007, 826; (2) FERRARIO, *Speciale procedura di aggiudicazione per i lavori di edilizia residenziale pubblica*, SANDULLI M.A.-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, III, *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, Milano 2008, 1963; (3) MANGIARACINA, *Art. 61*, CARINGELLA-PROTTO, *Codice e regolamento unico dei contratti pubblici*, Roma 2011, 468; (4) NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, RTDP 1957, 118.

## 62. Numero minimo dei candidati da invitare nelle procedure ristrette, negoziate e nel dialogo competitivo – Forcella (art. 44, parr. 3 e 4, direttiva 2004/18; art. 17, d.lgs. n. 358/1992; art. 22, d.lgs. n. 157/1995)

1. Nelle procedure ristrette relative a servizi o forniture, ovvero a lavori di importo pari o superiore a quaranta milioni di euro, nonché nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara e nel dialogo competitivo quale che sia l'oggetto del contratto, le stazioni appaltanti,

quando lo richieda la difficoltà o la complessità dell'opera, della fornitura o del servizio, possono limitare il numero di candidati idonei che inviteranno a presentare un'offerta, a negoziare, o a partecipare al dialogo, purché vi sia un numero sufficiente di candidati idonei. Quando si avvalgono di tale facoltà, le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara i criteri, oggettivi, non discriminatori, secondo il principio di proporzionalità che intendono applicare, il numero minimo dei candidati che intendono invitare, e, ove lo ritengano opportuno per motivate esigenze di buon andamento, il numero massimo. (1)

2. Nelle procedure ristrette di cui al comma 1, il numero minimo di candidati non può essere inferiore a dieci, ovvero a venti per lavori di importo pari o superiore a quaranta milioni di euro, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara e nel dialogo competitivo il numero minimo di candidati non può essere inferiore a sei, se sussistono in tale numero soggetti qualificati.

3. In ogni caso il numero di candidati invitati deve essere sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza.

4. Le stazioni appaltanti invitano un numero di candidati almeno pari al numero minimo prestabilito nel bando, non inferiore comunque a quello di cui al comma 2.

5. Le stazioni appaltanti non possono invitare operatori economici che non hanno chiesto di partecipare, o candidati che non hanno i requisiti richiesti.

6. Se il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione e i livelli minimi è inferiore al numero minimo, le stazioni appaltanti possono proseguire la procedura invitando il candidato o i candidati che hanno chiesto di partecipare e che sono in possesso delle capacità richieste, salvo quanto dispongono l'articolo 55, comma 4, e l'articolo 81, comma 3.

7. Le stazioni appaltanti, quando ricorrono alla facoltà di ridurre il numero delle soluzioni da discutere o di offerte da negoziare, di cui all'articolo 56, comma 4, e all'articolo 58, comma 9, effettuano tale riduzione applicando i criteri di aggiudicazione indicati nel bando di gara, nel capitolato d'oneri e nel documento descrittivo. Nella fase finale, tale numero deve consentire di garantire una concorrenza effettiva, purché vi sia un numero sufficiente di soluzioni o di candidati idonei.

(1) Comma così modificato dall'art. 2, comma 1, lett. p), D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113, a decorrere dal 1° agosto 2007 e, successivamente, dall'art. 4, comma 2, lett. g-bis), D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla L. 12 luglio 2011, n. 106.

SOMMARIO: I. Fondamento positivo. Nozione - II. Procedure cui è applicabile (recenti novità). Presupposti - III. Reg. del 2010

### I. Fondamento positivo. Nozione

- 1 Indicata direttamente nella rubrica dell'art. 62 del codice, la "forcella" trova il suo fondamento nella normativa comunitaria, segnatamente nell'art. 44, par. 3, dir. com. n. 18/2004 (in cui, tuttavia, non si parla di "forcella", ma di "numero minimo" e "numero massimo" di candidati da invitare). Questo istituto dalla **denominazione singolare**, ma nonostante ciò dall'indubbio valore giuridico essendo contenuto in un testo legislativo, riprende l'immagine di un oggetto che, ad un certo punto, si allarga biforcandosi, assumendo la forma di un Y (o che si presenta con due bracci ricordando la forma di una U o di una V). Ciò precisato, la "forcella" esprime la facoltà della stazione appaltante di indicare un limite minimo e un limite massimo di candidati che saranno invitati a partecipare ad una gara pubblica ["l'istituto della c.d. forcella", come afferma il TAR Toscana Firenze sez. I 24.3.2011 n. 501, concerne la possibilità per la stazione appaltante di "disciplinare il numero di operatori da ammettere alle gare"; la "forcella è stata anche definita forbice", FRANCO (3), 471].
- 2 Si tratta di un **meccanismo "delicato"** poichè, da un lato **semplifica l'azione della stazione appaltante** in relazione alla complessità della prestazione oggetto di gara, ma, dall'altro lato, **riduce il numero degli operatori** che a quella stessa gara avrebbero potuto partecipare [fra le rare applicazioni giurisprudenziali, oltre alla sentenza già cit., TAR Bolzano Trentino Alto Adige 17.42007 n. 143, FA TAR 2007, 4, 1270, relativamente al mancato rispetto del numero minimo delle ditte da invitare, a causa della esclusione di una ditta nella fase di "prequalifica" prevista dall'art. 55 codice].
- 3 Come già anticipato, l'art. 62 del codice disciplina a livello interno l'**istituto della "forcella"**. Merita precisare che, nello stesso art. 62, al c. 7, è previsto un meccanismo analogo quanto a relative finalità, ossia la facoltà delle stazioni appaltanti di ridurre il numero delle "soluzioni" da discutere (in caso di dialogo competitivo), o di "offerte" da negoziare (in caso di procedura negoziata senza bando), durante il procedere della gara. Una tale facoltà deve però essere stata preventivamente indicata nel bando.

### II. Procedure cui è applicabile (recenti novità). Presupposti

- 4 La previsione della «forcella» era stata **esclusa per le procedure ristrette in materia di "servizi" e "forniture"** da uno dei "correttivi" del codice (d.lgs. n. 113/2007). Al contrario, tale meccanismo era **ammesso (e lo è tuttora) nelle procedure ristrette relative a lavori di importo pari o superiore a quaranta milioni di euro**, nonché nelle procedure negoziate con pubblicazione di un

bando e, infine, nel dialogo competitivo, quale che sia l'oggetto del contratto. La dottrina valuta positivamente l'esclusione indicata, ciò specie nelle procedure ristrette relative a lavori inferiori alla soglia di 40 milioni di euro (cfr. *supra*), in cui, data l'ampia gamma di lavori inferiori a tale soglia, l'esclusione limita "possibili collusioni tra politici o amministratori - specialmente locali - e gruppi industriali operanti nel settore dei lavori derivanti da commesse pubbliche" [FRANCO (3), 471].

Con l'approvazione del **d.l. n. 70/2011** (art. 4, c. 2, lett. *g bis*, successivamente convertito in legge dalla l. 12.7.2011 n. 106), lo **scenario in materia è cambiato**, prevedendosi nuovamente (allo stesso modo che nel testo originario del codice) che, nelle procedure ristrette relative a "servizi" e "forniture", è possibile utilizzare la "forcella".

Riguardo ai presupposti, l'art. 62 stabilisce che, indipendentemente dal limite minimo o massimo dei partecipanti, l'esercizio del potere in parola ("forcella") dipende dalla **"complessità" della prestazione oggetto della gara**, per cui "l'utilizzo del meccanismo della c.d. forcella, ossia la prescrizione sul numero massimo di inviti ... è rimesso alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione in sede di bando, nel rispetto dei canoni di razionalità, congruità e coerenza" [TAR Emilia Romagna Parma 20.10.2004 n. 678, FA TAR 2004, 2896, relativa all'applicazione della previgente disciplina che, in tema, non si discostava da quella attualmente vigente]. In effetti, lo strumento della "forcella" viene impiegato "allo scopo di far partecipare solo i concorrenti più qualificati. Si spiega, pertanto, il carattere solo facoltativo della forcella" [DE NICTOLIS (2), 1899].

Il profilo più delicato in tema consiste nella determinazione (e applicazione) **dei criteri con cui si decide di includere (e dunque allo stesso tempo escludere) gli operatori economici dalla "forcella"**. A questo riguardo, il c. 1, seconda parte dell'articolo in commento indica i parametri di esercizio del relativo potere, stabilendo che i criteri devono essere "oggettivi", "non discriminatori" e rispettosi del "principio di proporzionalità". In questo specifico settore, il rispetto della proporzionalità "sembra che possa interpretarsi come criterio di rispondenza tra l'assetto organizzativo e le dimensioni dell'impresa e l'entità dei lavori da realizzare, al fine di selezionare quei candidati che abbiano strutture idonee ai lavori da eseguire senza che possano pretendersi requisiti ulteriori, non utili al fine di eseguire la prestazione nel miglior modo possibile" [VINTI (4), 334].

Oltre a indicare i criteri di scelta degli operatori economici inclusi nella "forcella", nel bando è **necessario indicare il numero minimo dei candidati da**

invitare (c. 2), ossia i "livelli essenziali" numerici da rispettare, al di sotto dei quali non può scendersi. Al contrario, **il numero massimo d'impresae da invitare è eventuale** (c. 1, parte finale) e, comunque, legato a " motivate esigenze di buon andamento" [di frequente "sovraffollamento" delle gare e, dunque, di necessità di fissare un numero massimo di partecipanti, parla ASTONE (1); in senso conforme, DE NICTOLIS (2), 1902].

### III. Reg. del 2010

- 9 Con riferimento agli **appalti aventi ad oggetto l'affidamento di "servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria"**, il reg. generale del 2010 prevede che, nel caso di procedura aperta, ristretta o negoziata con bando, il bando stesso stabilisca il numero minimo e massimo, ove previsto, dei soggetti da invitare a presentare l'offerta (art. 264, c. 1, lett. q). Si tratta di una disposizione che riprende quanto già indicato a livello generale nell'art. 62, c. 1 (cfr. *supra*, par. precedente). Inoltre, nel successivo art. 265 del reg. cit., è stabilito, con riferimento al "numero massimo" dei candidati da invitare (limitatamente all'oggetto e alle procedure sopra indicate) che, "qualora il numero dei candidati in possesso dei requisiti minimi previsti dal bando di gara risulta superiore a quello massimo fissato nel bando stesso, la scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta viene effettuata per una metà arrotondata per difetto, sulla base dei criteri di cui all'all. L e per i restanti tramite sorteggio pubblico". A sua volta, il menzionato all. "L" prevede che, la selezione da parte della stazione appaltante, avvenga sulla base di una graduatoria compilata attribuendo ad ogni candidato un punteggio determinato in relazione ai seguenti elementi (che si indicano qui in modo sintetico): fatturato; importo dei lavori per i quali sono stati svolti servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria; numero medio annuo del personale tecnico, ecc. Infine, il c. 2 dello stesso art. 265 specifica le modalità (seduta pubblica e seduta riservata) in ordine alla verifica della documentazione (e delle dichiarazioni) presentate, nonché relativamente all'attribuzione dei punteggi (di cui al già citato all. L) nel *sub* procedimento riguardante la scelta degli offerenti da invitare.

**BIBLIOGRAFIA:** (1) ASTONE, *L'influenza del diritto comunitario*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2006; (2) DE NICTOLIS, *La forcilla*, in SANDULLI M.A.-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, III, *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, Milano 2008, 1897; (3) FRANCO, *Art. 62*, CARINGELLA-PROTTO, *Codice e regolamento unico dei contratti pubblici*, Roma 2011, 468; (4) VINTI, *L'evidenza pubblica*, FRANCHINI (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione*, Torino 2008, 332.

## SEZIONE II

### BANDI, AVVISI E INVITI

#### 63. Avviso di preinformazione

(art. 35, paragrafo 1, e art. 36, paragrafo 1, direttiva 2004/18; art. 41.1., direttiva 2004/17; art. 5, co. 1, d.lgs. n. 358/1992; art. 8, co. 1, d.lgs. n. 157/1995; art. 14, d.lgs. n. 158/1995; art. 80, co. 1 e co. 11, d.P.R. n. 554/1999)

1. Le stazioni appaltanti di cui alla lettera a) e alla lettera c) dell'articolo 32, possibilmente entro il 31 dicembre di ogni anno, rendono noto mediante un avviso di preinformazione, conforme all'allegato IX A, punti 1 e 2, pubblicato dalla Commissione o da esse stesse sul loro "profilo di committente", quale indicato all'allegato X, punto 2, lettera b) e all'articolo 3, comma 35:

a) per le forniture, l'importo complessivo stimato degli appalti o degli accordi quadro, per gruppi di prodotti, che intendono aggiudicare nei dodici mesi successivi, qualora il loro valore complessivo stimato, tenuto conto degli articoli 28 e 29, sia pari o superiore a 750.000 euro; i gruppi di prodotti sono definiti mediante riferimento alle voci della nomenclatura CPV; il Ministro dell'economia e delle finanze pubblica nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana le modalità di riferimento da fare, nei bandi di gara, a particolari voci della nomenclatura in conformità con quanto eventualmente stabilito dalla Commissione;

b) per i servizi, l'importo complessivo stimato degli appalti o degli accordi quadro, per ciascuna delle categorie di servizi elencate nell'allegato II A, che intendono aggiudicare nei dodici mesi successivi, qualora tale importo complessivo stimato, tenuto conto degli articoli 28 e 29, sia pari o superiore a 750.000 euro;

c) per i lavori, le caratteristiche essenziali dei contratti o degli accordi quadro che intendono aggiudicare e i cui importi stimati siano pari o superiori alla soglia indicata all'articolo 28, tenuto conto dell'articolo 29.

2. Gli avvisi di cui alle lettere a) e b) del comma 1 sono inviati alla Commissione o pubblicati sul profilo di committente il più rapidamente possibile dopo l'avvio dell'esercizio di bilancio.

3. L'avviso di cui alla lettera c) del comma 1 è inviato alla Commissione o pubblicato sul profilo di committente il più rapidamente possibile dopo l'adozione della decisione che autorizza il programma in cui si inseriscono