

“Decreto” o “determina” a contrarre di cui all’art. 11 del decreto legislativo n. 163/06 e s.m.

(Aggiornato al 26 gennaio 2011)

D1. Che cosa si intende per determina o decreto a contrarre?

La determina a contrarre è l’atto, di spettanza dirigenziale, con il quale la stazione appaltante, pubblica amministrazione, manifesta la propria volontà di stipulare un contratto.

D2. Quali sono i riferimenti normativi a base della determina a contrarre?

L’articolo 11 del decreto legislativo n. 163/06 stabilisce, al secondo comma, che “prima dell’avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni pubbliche decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti ...”.

Per gli enti locali, la determinazione a contrarre è disciplinata dall’articolo 192 del Testo Unico degli Enti locali di cui al decreto legislativo n. 267/2000 che stabilisce il contenuto minimo essenziale (la determina a contrarre era stata già disciplinata dalla legge n. 142/1990 dove si usava il termine di “deliberazione” a contrattare).

Inoltre la determina a contrarre deve essere richiamata nel bando di gara (l’articolo 55, comma 3, del Codice dei contratti pubblici dispone che se ne “fa menzione”).

D3. Quale è la natura giuridica della determina a contrarre?

È un atto amministrativo di tipo programmatico con efficacia interna, rilevante solo ai fini del procedimento formativo della volontà del committente pubblico.

D4. La determina a contrarre produce effetti verso terzi?

La determina a contrarre ha come unico destinatario l’organo rappresentativo, legittimato ad esprimere all’esterno la volontà dell’Ente.

D5. Quali differenze sussistono tra la determina a contrattare ed il bando di gara?

Mentre la determina a contrarre ha rilevanza meramente interna, il bando di gara è atto amministrativo di natura generale a rilevanza esterna, con il quale la stazione appaltante rende conoscibile la propria determinazione di addvenire alla conclusione del contratto.

D6. Quale è l’oggetto (contenuti) della determina a contrarre?

L’articolo 11, comma 2, del decreto legislativo n. 163/2006 stabilisce che con la determina a contrarre devono essere individuati “gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte”.

In sostanza, con tale atto devono essere individuati la prestazione contrattuale, il suo valore economico, il sistema di gara, il criterio di aggiudicazione.

D7. Quali sono gli elementi essenziali della determina a contrarre?

Dal combinato disposto dell’articolo 11 del decreto legislativo n. 163/2006 e dell’articolo 192 del T.U.E.L. n. 267/2000, deriva che la determinazione a contrarre deve obbligatoriamente indicare:

- a) il fine di pubblico interesse che con il contratto si intende perseguire;
- b) l’oggetto del contratto;

- c) il valore economico;
- d) la forma del contratto;
- e) le clausole ritenute essenziali;
- f) le modalità di scelta del contraente e le ragioni di tale scelta.

D8. Quali sono i criteri di selezione degli operatori economici?

Sono le procedure di gara disciplinate dal Codice dei contratti pubblici ed indicate principalmente dagli articoli 54 e seguenti: le procedure aperte, ristrette, negoziate (con o senza previa pubblicazione del bando), le acquisizioni in economia (in particolare, il cottimo fiduciario), il dialogo competitivo, l'accordo quadro, il sistema dinamico di acquisizione, l'adesione alle convenzioni Consip e il mercato elettronico della PA (MEPA).

D9. Quali sono i criteri di selezione delle offerte?

Sono i criteri individuati e regolati dagli articoli 81 e seguenti del Codice dei contratti pubblici: i criteri di aggiudicazione sono, unicamente, il criterio del prezzo più basso oppure il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Non vi sono altri criteri di scelta del contraente e questi non vanno confusi con le gare di appalto.

D10. Per i lavori pubblici il Codice dei contratti pubblici prescrive ulteriori obblighi di contenuto?

Sì, ai sensi delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, la determinazione a contrarre in materia di lavori pubblici deve inoltre stabilire o indicare:

a) se il contratto ha ad oggetto:

- 1) la sola esecuzione di lavori (articolo 53, comma 2);
- 2) oppure la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo Amministrazione aggiudicatrice (articolo 53, comma 2);
- 3) previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base del progetto preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice (articolo 53, comma 2);

b) sulla base dell'esigenze dell'Amministrazione aggiudicatrice, se il contratto sarà stipulato a corpo o a misura, oppure, parte a corpo e parte a misura (articolo 53, comma 4, del Codice);

c) le ragioni del ricorso alla procedura negoziata o al dialogo competitivo, qualora si opti per tali modalità di scelta del contraente (articoli 55, comma 1 e articoli 57, comma 1, del Codice dei contratti).

D11. Quali sono le conseguenze della mancata adozione della determina a contrarre o i vizi di cui può essere affetta quest'ultima?

La mancata adozione della determina a contrarre, in quanto atto amministrativo, la sua nullità o la presenza di un vizio di legittimità che la renda annullabile, determinando un vizio dell'iter procedimentale che riguarda la formazione della volontà contrattuale del soggetto pubblico, si riflette su tutti gli atti del procedimento di gara compreso il provvedimento di aggiudicazione ed il successivo contratto, invalido per effetto di un vizio derivato (secondo alcuni, di annullabilità, secondo altri, di nullità o di inesistenza).

D12. Quali sono gli altri riferimenti normativi sulla determina a contrarre.

La determina a contrarre è un atto amministrativo e in quanto tale è assoggettata alla disciplina della legge generale sul procedimento n. 241/1990, più volte modificata od integrata. Lo stesso Codice dei contratti, all'articolo 2 comma 3, rinvia a tale legge n. 241, per tutto ciò che non trova disciplina

all'interno del Codice stesso.

La legge n. 241 contiene, al Capo IV-bis (articoli 21 bis e seguenti), una puntuale disciplina sull'efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo (nullità, annullabilità, annullamento di ufficio), nonché sulla revoca (art. 21 quinquies della legge n. 241).