

Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36
Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante
delega al Governo in materia di contratti pubblici
(G.U. n. 77 del 31 marzo 2023 - S.O. n. 12)

PILLOLE DI APPALTI

Il sabato di Alessandra

PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PUBBLICAZIONE DI UN BANDO secondo L'ANAC

PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PUBBLICAZIONE DI UN BANDO

(Art. 76)

Il presente articolo si applica SOLO al verificarsi dei presupposti ivi previste e indipendentemente dall'importo dell'affidamento

Le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti pubblici mediante una **procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara**:

al ricorrere dei seguenti PRESUPPOSTI A

A.1) quando **non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata** (= se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è, quindi, manifestamente inadeguata a rispondere alle esigenze della stazione appaltante e ai requisiti specificati nei documenti di gara, salvo modifiche sostanziali)

A.2) quando **non sia stata presentata alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata** (= se l'operatore economico interessato è escluso ai sensi degli articoli 94, 95, 96, 97 e 98 o non soddisfa i requisiti stabiliti dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 100, ossia per mancato possesso dei requisiti generali o speciali)

in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta,

e

purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione europea, su richiesta di quest'ultima.

B

B) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere **forniti unicamente da un determinato O.E.** per una delle seguenti ragioni:

- 1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di **un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica**;
- 2) **la concorrenza è assente per motivi tecnici**;
- 3) **la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale.**

Le predette eccezioni di cui alle **lettere 2) e 3)** si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto.

C

C) nella misura strettamente necessaria quando, per **ragioni di ESTREMA URGENZA derivante da eventi imprevedibili dalla stazione appaltante**, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati; le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle stazioni appaltanti.

Nel caso di appalti pubblici di **FORNITURE**

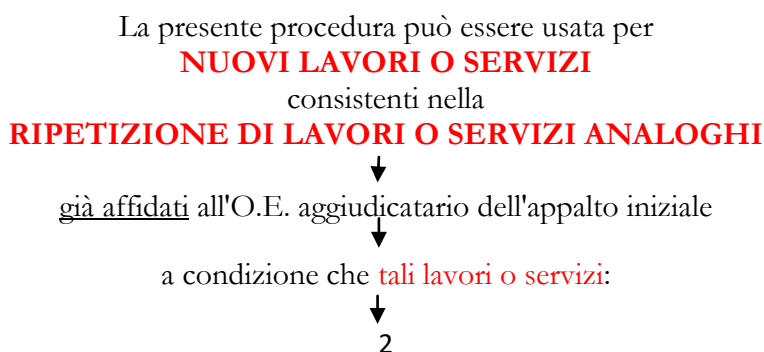
la procedura di cui al presente articolo è inoltre consentita nei **casi seguenti**:

- a) quando i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo, salvo che si tratti di produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo;
- b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, quando il cambiamento di fornitore obblighi la stazione appaltante ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni;
- c) per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime;
- d) per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dagli organi delle procedure concorsuali.

Nel caso di appalti pubblici di **SERVIZI**

la procedura di cui al presente articolo è inoltre consentita nei **casi seguenti**:

- quando l'appalto faccia seguito a un **concorso di progettazione** e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso. In quest'ultimo caso, tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati.



- siano conformi al progetto a base di gara

E

- che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'articolo 70, comma 1 (= aperta, ristretta, competitiva con negoziazione, dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione)

Il progetto a base di gara indica l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati. La possibilità di avvalersi della procedura prevista dal presente articolo è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è computato per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie di cui all'articolo 14, comma 1. Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla stipulazione del contratto d' appalto iniziale.

MOTIVAZIONE

Al fine di responsabilizzare le amministrazioni aggiudicatrici nell'utilizzo della procedura in parola, avente comunque natura eccezionale, è stato valorizzato l'obbligo di motivazione che, seppure non previsto nel testo dell'art. 32 direttiva n. 2014/24/UE, è espressamente richiamato nel considerando n. 50 e nell'art. 84 della medesima direttiva

Nel PRIMO ATTO della procedura (= decisione di contrarre)
la S.A.

deve indicare

- la **specifica situazione di FATTO**
- e
- le **caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati**
- e le **dinamiche** che li caratterizzano

nel rispetto dei **principi**
di cui agli artt. **1, 2 e 3**
del **Codice**

A tali fini le stazioni appaltanti tengono conto degli esiti delle consultazioni di mercato eventualmente eseguite, rivolte anche ad analizzare i mercati europei oppure, se del caso, extraeuropei. Al riguardo, è stato evidenziato anche il collegamento con le consultazioni preliminari di mercato, utili per permettere a ciascuna Amministrazione un'autonoma valutazione dei presupposti del provvedere, tenuto conto delle peculiari caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano.

GARA INFORMALE

Ove possibile

le S.A. individuano gli O.E. da consultare
sulla base di informazioni riguardanti

- le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato (= requisiti speciali)
- nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza

selezionando almeno 3 operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei.

La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 108, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per

l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione.

Quando alla **gara informale** sono state apportate alcune modifiche funzionali a garantire le esigenze di flessibilità e speditezza sottese all'istituto in parola.

1. In primo luogo, è stata reintrodotta la **clausola della possibilità** (di indizione della **gara informale**), già prevista dall'art. 57, comma 6, decreto legislativo n. 163 del 2006.

↓
Si applica in fattispecie in cui:

- **LA GARA** talvolta, **NON E' IN ASTRATTO CONFIGURABILE** (si pensi, ad esempio, alle ipotesi codificate in cui le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico),
- talaltra, **LA GARA NON E' IN CONCRETO PRATICABILE** (si pensi, ad esempio, all'urgenza qualificata dall'art. 64, comma 2, lett. c), che potrebbe anche impedire un previo confronto concorrenziale ove incompatibile con la tempistica dell'esecuzione della commessa).

Per l'effetto, attraverso la clausola di salvaguardia in esame, si rimette alla valutazione concreta di ogni Amministrazione aggiudicatrice la possibilità di indire una gara informale ai fini della selezione del contrente affidatario della commessa.

2. In secondo luogo, sempre per evitare l'imposizione di oneri procedurali non discendenti dal diritto unionale e potenzialmente incompatibili con le finalità sottese all'istituto in esame:
 - è stato ridotto il numero delle imprese da invitare alla negoziazione, ripristinandosi anche in tale ipotesi il numero minimo di 3 previsto dall'art. 57, comma 6, del decreto legislativo n. 163 del 2006, idoneo ad assicurare l'effettività del confronto concorrenziale;
 - nonché, è stato eliminato il riferimento al principio di rotazione che, oltre a non essere espressamente previsto dal diritto unionale, da un lato, potrebbe porsi in contrasto proprio con la disciplina sovranazionale, introducendo una limitazione alla partecipazione alla gara informale motivata sulla base di una circostanza – il conseguimento di una precedente commessa – inidonea a manifestare l'inidoneità dell'operatore economico a concorrere all'affidamento di un nuovo contratto; dall'altro, potrebbe tradursi in obblighi procedurali di dubbia compatibilità con talune delle fattispecie che legittimano l'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.

Prescindendo dalle ipotesi in cui l'affidamento può avvenire soltanto in favore di un unico fornitore disponibile, l'urgenza potrebbe, a titolo esemplificativo, ostare ad una ricerca di mercato, per l'individuazione di operatori diversi da quelli che abbiano intrattenuto precedenti rapporti negoziali con l'Amministrazione procedente.

Non si è ritenuto, invece, di intervenire sulla specificazione delle fasi in cui potrebbe articolarsi la gara informale, al fine di evitare una eccessiva limitazione della discrezionalità dell'Amministrazione nella regolazione della relativa procedura:

trattandosi di disposizione che **permette alle Amministrazioni di scegliere**, a seconda delle peculiarità del caso concreto:

- se **procedere immediatamente alla trasmissione dell'invito a negoziare** ex art. 67 decreto legislativo n. 50 2016
 - ovvero, se **avviare previamente consultazioni informali,**
- } nell'esercizio del potere **discrezionale** di cui sono titolari

E' stata confermata la previsione che prevede l'individuazione degli operatori economici "da consultare" sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato - già presente nell'art. 57, comma 6, decreto legislativo n. 163 del 2006.

Questa tipologia di affidamento ha formato oggetto di **particolare attenzione da parte dell'ANAC** che, con la **Delibera 605 del 19.12.2023** ha approvato **l'aggiornamento 2023 del PNA 2022** con particolare riferimento ai contratti pubblici a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice di cui al D. Lgs. n. 36/2023, **individuando i primi impatti sulla predisposizione di presidi di anticorruzione e trasparenza.**

Risultano esaminati i principali profili critici che emergono dalla nuova normativa e sostituite integralmente le indicazioni riguardanti le criticità, gli eventi rischiosi e le misure di prevenzione già contenute nel PNA 2022, con la precisazione delle parti superate ovvero non più in vigore dopo la data di efficacia del D.Lgs. n. 36/2023. In virtù di ciò, ANAC ha rielaborato e sostituito la tabella contenente l'esemplificazione delle possibili correlazioni tra rischi corruttivi e misure di prevenzione della corruzione con nuove tabelle aggiornate. **L'Aggiornamento 2023 al PNA 2022** risponde all'esigenza di **supportare le amministrazioni** e gli enti al fine di presidiare l'area dei contratti pubblici con **misure di prevenzione della corruzione e per la promozione della trasparenza** che possano costituire una risposta efficace e calibrata rispetto ai rischi corruttivi rilevabili in tale settore dell'agire pubblico.

Criticità: PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PUBBLICAZIONE DI UN BANDO

Possibili eventi rischiosi	Possibili Misure
<p>Possibile abuso del ricorso alla procedura negoziata di cui agli artt. 76 in assenza del ricorrere delle condizioni e in particolare:</p> <ul style="list-style-type: none"> - dell'unicità dell'operatore economico (comma 2, lett. b); - dell'estrema urgenza da eventi imprevedibili dalla stazione appaltante (comma 2, lett. c) 	<p>Adozione di direttive generali interne con cui la SA fissa criteri da seguire <u>nell'affidamento dei contratti sopra soglia mediante procedure negoziate senza bando</u> (casi di ammissibilità, modalità di selezione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate ecc.).</p> <p>Chiara e puntuale esplicitazione nella decisione a contrarre motivazioni che hanno indotto la S.A. a ricorrere alle procedure negoziate.</p>

Alessandra Cresta