



Fondo europeo agricolo
per lo sviluppo rurale:
*l'Europa investe
nelle zone rurali*



Assessorato Agricoltura



Riflessioni a prima lettura sul nuovo codice dei contratti pubblici, con particolare riguardo alle novità in tema di sistemi di affidamento

PARTE PRIMA

a cura di *Francesco Armenante* – consulente *FORMEZPA*

1.1. Premesse

La gestione di un procedimento di gara presenta aspetti particolarmente complessi e non sempre definibili in modo univoco.

L'entità del fenomeno è avallata dalla copiosa giurisprudenza pretoria che si rinviene in *subiecta materia*, relativa all'intera procedura di gara e alle singole fasi in cui essa, diacronicamente, può articolarsi. Alcuni di tali orientamenti giurisprudenziali costituiscono, ora, diritto positivo, in virtù di apposite novelle normative; tuttavia, la mancanza di un chiaro paradigma normativo impone all'operatore di ricercare gli indirizzi ermeneutici offerti dal giudice amministrativo.

Del resto, non può revocarsi in dubbio che la giurisprudenza, quale diritto vivente, oltre ad integrare il dettato normativo, riveste un ruolo prevalente rispetto alle posizioni della giuspubblicistica.

Anche la recente codificazione, pur presentando apprezzabili profili di innovazione, soprattutto nell'ottica di una tendenziale semplificazione, non risulta pienamente esaustiva degli istituti ivi trattati, tantomeno può consentire di superare le molteplici criticità che caratterizzano la gestione dell'attività negoziale.

Un sistema articolato di fonti, cui concorrono anche Linee Guida ed atti di indirizzo da parte dell'ANAC e di Organi di Governo, non sembra possa costituire la migliore piattaforma su cui strutturare un'attività semplificata ed agevole da applicare.

Le argomentazioni di seguito svolte consentono di tracciare alcuni percorsi risolutivi delle problematiche più ricorrenti nelle procedure in esame, tenendo conto sia del dettato normativo (anche in un'ottica di comparazione con la precedente disciplina di settore) sia delle c.d. "buone prassi", oltre che dei prevalenti indirizzi

giurisprudenziali; il tutto nell'obiettivo di fornire un'analisi della normativa, in un'ottica diacronica, seguendo cioè l'*iter* procedimentale dell'attività negoziale ed analizzando le singole sub-fasi in cui si articola.

Il lavoro non costituisce un commentario del nuovo codice né presume di proporre una trattazione esaustiva e completa, potendo, invece, rappresentare un supporto teorico-pratico, utile in sede di espletamento delle varie attività oltre che per affrontare le questioni maggiormente controverse.

1.2. Profili strutturali della procedura di affidamento

La procedura di affidamento di un contratto o di una concessione pubblica costituisce la prima fase dell'attività contrattuale della P.A¹.

Tale attività è strutturalmente bifasica: alla fase pubblicistica (che attiene alla selezione del miglior contraente) segue quella privatistica, relativa alla gestione del rapporto contrattuale².

Gli stessi atti di avvio della procedura di gara rispondono a tale diversa finalità.

Il bando (così come il disciplinare e la lettera di invito) regola la fase

¹ La tematica è stata, da sempre, oggetto di approfondimenti. Tra le numerose pubblicazioni, si segnalano: BORTOLOTTI D., (voce) *Contratti della amministrazione pubblica*, in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, 1989, IV, pp. 36 ss.; VIRGA P., *I contratti della pubblica amministrazione*, Palermo, 1971; GIANNINI M.S., *Le obbligazioni pubbliche*, Milano, 1964; GRECO R., *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato (i contratti ad evidenza pubblica)*. Milano, 1988; AA. VV., *Commento al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2006; AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; DE NICTOLIS R., *Manuale degli appalti pubblici*, Roma, 2008; SANINO M., *Commento al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2008.

² Tale struttura trova precisa definizione nello stesso codice dei contratti, all'art. 30, comma 8, laddove si rinvia alla legge sul procedimento per la prima delle suddette fasi e al codice civile per quella, a valle, privatistica.

pubblicistica di svolgimento della gara, indicando l'oggetto della prestazione richiesta dall'amministrazione, i potenziali concorrenti (ovvero i requisiti di partecipazione), le modalità di partecipazione (e di presentazione delle offerte), le modalità di celebrazione della gara, gli adempimenti in capo all'aggiudicatario.

Diversamente, il capitolato d'appalto costituisce un contratto "in embrione"³, riportando (secondo il tradizionale schema negoziale) i vincoli sinallagmatici (le obbligazioni che saranno assunte dalle parti contraenti).

Anche la giurisprudenza ha rimarcato tale struttura, in special modo in sede di valutazione e apprezzamento dei poteri esercitati (ed esercitabili) da parte della P.A.⁴. In particolare, se nella vicenda pubblicistica l'amministrazione assume le vesti di "stazione appaltante" ed opera mediante atti e provvedimenti di matrice pubblicistica, una volta sorto il vincolo negoziale si è in presenza di "parti contraenti", il cui vincolo sinallagmatico si articola in atti di matrice privatistica.

³ L'art. 137 del d.p.r. 5 ottobre 2010 n. 207, recante il Regolamento di esecuzione e attuazione del (precedente ed abrogato) codice dei contratti pubblici, considera il capitolato parte integrante del contratto.

⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9/10/2015, n. 4684, per il quale: "Anche se, nelle gare di appalti pubblici, il bando, il disciplinare di gara ed il capitolato speciale d'appalto hanno ciascuno una propria autonomia ed una propria peculiare funzione nell'economia della procedura – il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando in particolare il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando – tutti insieme costituiscono la *lex specialis* della gara, in tal modo sottolineandosi il carattere vincolante che quelle disposizioni assumono non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltante, in attuazione dei principi costituzionali fissati dall'art. 97. Nel caso in cui sussistano eventuali contrasti interni tra le singole disposizioni della *lex specialis* tra i vari atti che la compongono (bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto), sussiste nondimeno una gerarchia differenziata tra di essi, con prevalenza del contenuto del bando di gara, potendo le disposizioni del capitolato speciale soltanto integrare, ma non modificare, quelle del bando". Sulla prevalenza del bando rispetto alla lettera di invito, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7/11/2014, n. 5497. Sulla prevalenza del bando rispetto al capitolato, cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 5/09/2016, n. 4171.

Nella prima fase, cioè, l'amministrazione deve conformarsi alle regole procedurali che sottendono l'esercizio dei poteri pubblicistici, con l'osservanza (tra l'altro) dell'obbligo di motivazione nelle determinazioni adottate e con il rispetto delle garanzie partecipative in caso di esercizio postumo del potere di riesame.

Nella distinta fase privatistica, gli istituti applicabili (salvo diversa disciplina recata dal codice o dal regolamento) albergano nel codice di diritto comune⁵.

La distinzione rileva anche sul piano processuale.

La giustiziabilità degli atti della fase pubblicistica è rimessa alla cognizione del giudice amministrativo; una volta sorto il vincolo negoziale, le controversie sono devolute alla giurisdizione ordinaria; con l'unica variante che, nel caso di provvedimenti capaci di incidere sull'esito della procedura di gara, anche se temporalmente postumi alla sottoscrizione del contratto (si pensi all'esclusione dell'aggiudicatario che ha prodotto dichiarazioni la cui mendacità emerga solo dopo la conclusione della gara), gli stessi devono comunque rispettare il paradigma pubblicistico.

Sul medesimo crinale, può osservarsi che il concorrente può azionare i meccanismi di giustiziabilità dell'inerzia provvedimentoale (ai sensi dell'art. 117 del d. lgs. n. 104/2010⁶) e, quindi, ricorrere al Giudice amministrativo per ottenere la

⁵ Cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 20/06/2014, n. 14, in cui si sottolinea che: *“La posizione dell'amministrazione nella fase del procedimento di affidamento di lavori pubblici aperta con la stipulazione del contratto è definita dall'insieme delle norme comuni, civilistiche, e di quelle speciali, individuate dal codice dei contratti pubblici, operando l'amministrazione, in forza di quest'ultime, in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato, fermo restando che le sue posizioni di specialità, essendo l'amministrazione comunque parte di un rapporto che rimane privatistico, restano limitate alle singole norme che le prevedono”*. Principio confermato da Cons. Stato, sez. V, 13/09/2016 n. 3865.

⁶ Recante il codice del processo amministrativo.

definizione di una procedura avviata e non conclusa; tale rito speciale non è, invece, azionabile nel caso di mancata corresponsione del prezzo (salvo i casi di giurisdizione esclusiva), restando esperibili gli ordinari rimedi per l'adempimento coattivo della prestazione a carico dell'amministrazione (*recte*: della parte) inadempiente.

1.3. *La determina a contrarre*

La prima fase dell'attività negoziale della pubblica amministrazione corrisponde al procedimento di gara (ad evidenza pubblica), le cui subfasi sono declinate dall'art. 32 del codice (rubricato "*fasi delle procedure di affidamento*")⁷, che riproduce, quasi integralmente, l'art. 11 del d. lgs. n. 163/2006, salvo le novità di seguito evidenziate.

Sulla scorta degli atti di programmazione e di progettazione (tendenzialmente doverosi anche per gli appalti di servizi e forniture, alla stregua degli artt. 31 e ss. del nuovo codice), deve adottarsi la **determina a contrattare**, in cui occorre esternare, oltre che gli elementi essenziali del contratto ed i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte, anche le ragioni della scelta di una procedura negoziata (*recte*: la sussistenza dei relativi presupposti), dell'utilizzo del criterio del prezzo più basso⁸, della preferenza per alcuni fattori di ponderazione, dell'individuazione di una marca specifica nell'ambito di una fornitura.

Sempre in tale determina occorre richiamare le attività prodromiche svolte, quale, ad esempio, l'indagine di mercato per l'individuazione dei soggetti da invitare alle procedure negoziate di cui all'art. 36 del codice.

⁷ Per approfondimenti, *cfr.* BIANCARDI S., *Appalti di servizi e forniture*, Maggioli, 2010; DE NITTIS C., *I contratti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2010.

⁸ Evidenziando ed attestando la sussistenza di una delle tassative ipotesi previste dall'art. 95, comma 4, del Codice per l'utilizzo di tale criterio.

Il primo atto esterno è il bando o avviso⁹, con il quale la stazione appaltante si

⁹ Nelle more dell'approvazione del *bando-tipo*, **i bandi di gara devono contenere** le informazioni di cui all'Allegato XIV, Parte I, lettera C, tra cui:

1. Nome, numero di identificazione, ove previsto, indirizzo comprensivo di codice NUTS, telefono, fax, posta elettronica e indirizzo Internet dell'Amministrazione aggiudicatrice e, se diverso, del servizio al quale rivolgersi per informazioni complementari.
2. Posta elettronica o indirizzo Internet al quale i documenti di gara saranno disponibili per l'accesso gratuito, illimitato e diretto. Se l'accesso gratuito, illimitato e diretto non è disponibile per i motivi illustrati all'art. 74, commi 2 e 3, un'indicazione relativa alle modalità di accesso ai documenti di gara.
3. Tipo di amministrazione aggiudicatrice e principale attività esercitata.
4. Se del caso, l'indicazione che l'amministrazione aggiudicatrice è una centrale di committenza o che è coinvolta una qualsiasi altra forma di appalto congiunto.
5. Codici CPV. Se l'appalto è suddiviso in lotti, tali informazioni sono fornite per ogni lotto.
6. Il codice NUTS del luogo principale per l'esecuzione dei lavori nel caso di appalti di lavori o il codice NUTS del luogo principale di consegna o di prestazione per gli appalti di forniture e di servizi. Se l'appalto è suddiviso in lotti, tali informazioni sono fornite per ogni lotto.
7. Descrizione dell'appalto: natura ed entità dei lavori, natura e quantità o valore delle forniture; natura ed entità dei servizi. Se l'appalto è suddiviso in lotti, tali informazioni sono fornite per ogni lotto. Eventualmente, una descrizione di qualsiasi opzione.
8. Ordine di grandezza totale stimato dell'appalto o degli appalti; se l'appalto è suddiviso in lotti, tali informazioni sono fornite per ogni lotto.
9. Ammissione o divieto di varianti.
10. Tempi di consegna o di fornitura di beni, lavori o servizi e, per quanto possibile, la durata del contratto.
11. Condizioni di partecipazione, compreso quanto segue: a) l'indicazione, eventuale, se si tratta di un appalto pubblico riservato a laboratori protetti o la cui esecuzione è riservata all'ambito di programmi di lavoro protetti; b) indicare, in caso se, in forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, la prestazione del servizio sia riservata a una particolare professione; riferimenti alle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative in questione; c) un elenco e una breve descrizione dei criteri riguardanti la situazione personale degli operatori economici che possono comportarne l'esclusione e dei criteri di selezione; livello o livelli minimi specifici di capacità eventualmente richiesti. Indicazione delle informazioni richieste (autocertificazioni, documentazione).
12. Tipo di procedura di aggiudicazione; eventualmente, motivazione del ricorso alla procedura accelerata (in caso di procedure aperte e ristrette e di procedure competitive con negoziazione).
13. Eventualmente, indicare se: a) si tratta di un accordo quadro; b) si tratta di un sistema dinamico di acquisizione; c) si tratta di un'asta elettronica (in caso di procedure aperte o ristrette o di procedure competitive con negoziazione).

rivolge agli operatori economici, invitandoli a partecipare, alla stregua delle modalità (temporali, formali e procedurali) ivi dettate (da ciò la definizione di *lex specialis*).

Per quanto concerne il sistemi di scelta del contraente (ovvero, come recita l'art. 32, comma 3, "la selezione dei partecipanti"), la nuova nomenclatura del codice (artt. 59 e ss.) tratta delle procedure aperte¹⁰ (già asta pubblica), di quelle ristrette¹¹ (già

14. Se l'appalto deve essere suddiviso in lotti, indicazione della possibilità per gli operatori economici di presentare offerte per uno, per più e/o per l'insieme dei lotti. Indicazione di ogni possibile limitazione del numero di lotti che può essere aggiudicato ad uno stesso offerente. Se l'appalto non è suddiviso in lotti, indicazione dei motivi, a meno che tale informazione non sia fornita nella relazione unica.

15. In caso di procedura ristretta, procedura competitiva con negoziazione, dialogo competitivo o partenariato per l'innovazione, quando ci si avvale della facoltà di ridurre il numero di candidati che saranno invitati a presentare offerte, a partecipare al dialogo o a negoziare: numero minimo e, eventualmente, numero massimo previsto di candidati e criteri oggettivi da applicare per la scelta dei candidati in questione.

16. In caso di procedura competitiva con negoziazione, dialogo competitivo o partenariato per l'innovazione, indicare, eventualmente, il ricorso a una procedura che si svolge in più fasi successive, al fine di ridurre gradualmente il numero di soluzioni da discutere o di offerte da negoziare.

17. Eventualmente, le condizioni particolari cui è sottoposta l'esecuzione dell'appalto.

18. Criteri di aggiudicazione dell'appalto o degli appalti. Salvo nel caso in cui l'offerta economicamente più vantaggiosa è individuata sulla base del solo prezzo, i criteri che determinano l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro ponderazione vanno indicati qualora non figurino nel capitolato d'oneri ovvero, nel caso del dialogo competitivo, nel documento descrittivo.

19. Termine ultimo per la ricezione delle offerte (procedure aperte) o delle domande di partecipazione (procedure ristrette e procedura competitiva con negoziazione, sistemi dinamici di acquisizione, dialogo competitivo, partenariati per l'innovazione).

20. Indirizzo al quale le offerte o le domande di partecipazione sono trasmesse.

21. In caso di procedure aperte: a) periodo di tempo durante il quale l'offerente è vincolato alla propria offerta; b) data, ora e luogo di apertura delle offerte; c) persone autorizzate ad assistere alle operazioni di apertura.

22. Lingua/e utilizzabile/i nelle offerte o nelle domande di partecipazione. (...) Altre informazioni.

¹⁰ Alle quali possono prendere parte tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti prescritti, nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando.

¹¹ Per le quali, ad una prima fase durante la quale gli operatori economici presentano la richiesta di invito nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando, segue quella durante la quale alle imprese che ne abbiano fatto richiesta (salvo il ricorso alla "forcella") e che siano in possesso dei

licitazione privata), di quelle negoziate (vere e proprie trattative private) e di altre assolutamente innovative (quali, la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione).

In tale fase procedimentale assumono rilievo gli adempimenti concernenti la pubblicazione degli atti indittivi della gara, in special modo per le procedure ordinarie.

La disciplina è dettata dagli artt. 72 e ss. del Codice, in virtù dei quali si impone la pubblicazione del bando sulla GUCE (per le sole gare di importo sopra soglia), oltre che (successivamente e nel medesimo testo) sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC, secondo gli indirizzi che dovranno essere dettati con apposito decreto del M.I.T., d'intesa con l'ANAC (entro sei mesi dall'entrata in vigore del codice).

Nelle more, fino alla data indicata nel predetto Decreto, gli avvisi e i bandi devono essere pubblicati anche nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti (art. 73, comma 4)¹².

Fino alla medesima data, le spese per la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale degli avvisi e dei bandi di gara sono rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario, entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione; gli effetti

requisiti prescritti, viene trasmessa la lettera di invito nella quale sono previsti i termini per la presentazione delle offerte.

¹² Alla luce di quanto prevede l'art. 36, comma 9, del Codice i bandi e gli avvisi sono pubblicati sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC di cui all'articolo 73, comma 4, con gli effetti previsti dal comma 5, del citato articolo. Fino alla data di cui all'articolo 73, comma 4, per gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione, gli avvisi e i bandi per i contratti relativi a lavori di importo pari o superiore a cinquecentomila euro e per i contratti relativi a forniture e servizi sono pubblicati anche sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici; per i medesimi effetti, gli avvisi e i bandi per i contratti relativi a lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro sono pubblicati nell'albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori.

giuridici di cui al comma 5, del citato articolo 73, continuano a decorrere dalla pubblicazione sulla GURI.

Invece, nelle procedure ristrette, nel dialogo competitivo, nei partenariati per l'innovazione e nelle procedure competitive con negoziazione, le stazioni appaltanti invitano simultaneamente e per iscritto (mediante la c.d. lettera di invito¹³), di norma con procedure telematiche, i candidati selezionati a presentare le rispettive offerte, a negoziare o, nel caso di dialogo competitivo, a partecipare al dialogo (art. 75, co. 1).

Nelle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara [di cui all'art. 36, comma 2, lett. b) e c), e all'art. 63 del Codice], gli operatori economici selezionati vengono invitati, di norma, a mezzo *pec* o, se non è possibile, con lettera; gli inviti devono contenere gli elementi della prestazione richiesta (art. 75, comma 3).

1.4. La procedura negoziata e gli affidamenti diretti

¹³ L'invito deve contenere tutti gli elementi che consentono di formulare un'offerta informata e dunque seria. L'invito dovrebbe dunque almeno contenere:

- a) l'oggetto della prestazione, le relative caratteristiche tecniche e prestazionali e il suo importo complessivo stimato;
- b) i requisiti generali, di idoneità professionale e quelli economico-finanziari/tecnico-organizzativi richiesti per la partecipazione alla gara o, nel caso di operatore economico selezionato da un elenco, la conferma del possesso dei requisiti speciali in base ai quali è stato inserito nell'elenco;
- c) il termine di presentazione dell'offerta ed il periodo di validità della stessa;
- d) l'indicazione del termine per l'esecuzione della prestazione;
- e) il criterio di aggiudicazione e, nel caso si utilizzi il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, gli elementi di valutazione e la relativa ponderazione;
- f) la misura delle penali;
- g) l'indicazione dei termini e delle modalità di pagamento;
- h) l'eventuale richiesta di garanzie;
- i) il nominativo del RUP.

All'invito dovrebbero essere allegati lo schema di contratto ed il capitolato tecnico, se predisposti.

La scelta della procedura da adottare presuppone un'apposita motivazione qualora si deroghi al principio della più ampia partecipazione.

Tanto avviene, principalmente, in caso di ricorso alla procedura negoziata, posto che, da un lato, la procedura aperta e quella ristretta costituiscono sistemi ordinari, dall'altro, il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione e la procedura competitiva con negoziazione presuppongono circostanze specifiche e puntuali.

In vigenza della precedente legislazione di settore, si è sottolineato che il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando è consentito nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure ordinarie; le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono in ogni caso essere imputabili alle stazioni appaltanti¹⁴.

In particolare, è stato considerato legittimo l'affidamento diretto di un impianto sportivo pubblico in via temporanea, in quanto nel relativo provvedimento si era evidenziato che *“tale affidamento si è reso necessario per evitare di far fronte a costi non sostenibili derivanti dal pericolo di un'eventuale <<non gestione>> della struttura per un tempo apprezzabile e non predeterminabile, con connessa evidente alta probabilità di danni che all'ente sarebbe potuta derivare dall'eventuale danneggiamento degli impianti”*¹⁵.

Diversamente, è stato ritenuto illegittimo l'affidamento diretto, *“genericamente motivato con riferimento alla risoluzione del contratto con il precedente affidatario e alla conseguente urgenza di procedere all'emissione dei ruoli volontari e coattivi,*

¹⁴ Cons. Stato, sez. V, 30/04/2014, n. 2255.

¹⁵ È quanto statuito da Cons. Stato, sez. V, 03/02/2016, n. 413.

*posto che le ragioni della risoluzione contrattuale erano riferibili alla stessa P.A.*¹⁶.

Recependo anche tali indirizzi, ai sensi del nuovo codice, alla **procedura negoziata** può farsi ricorso nelle ipotesi dettate dall'art. 63 o in quelle dettate dall'art. 36 del codice (già “cottimo fiduciario”).

Le ipotesi di cui all'art. 63 sono tassative e di stretta interpretazione, concernendo (*breviter*) l'ipotesi di una gara deserta, dell'assenza di concorrenzialità e dell'estrema (e qualificata) urgenza. Nel dettaglio il ricorso alla procedura in esame è consentito:

1. qualora, all'esito di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata alcuna domanda o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata¹⁷;
2. qualora i lavori, le forniture o i servizi possano essere forniti unicamente da un determinato operatore economico, per le seguenti ragioni:
 - lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica;
 - la concorrenza è assente per motivi tecnici;
 - la tutela dei diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale;
3. quando, per ragioni di **estrema urgenza** derivanti da eventi **imprevedibili**

¹⁶ T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 09/04/2015, n. 2041; nel caso di specie la scelta di risolvere il contratto con la società ricorrente e di affidarlo, senza gara, ad altra società era interamente imputabile alla stazione appaltante.

¹⁷ Un'offerta non è appropriata se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è, quindi, manifestamente inadeguata, salvo modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze dell'Amministrazione aggiudicatrice e ai requisiti specificati in sede di gara. Una domanda non è ritenuta appropriata se l'operatore economico interessato deve o può essere escluso ai sensi dell'art. 80 del Codice o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'Amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 83.

dell'amministrazione aggiudicatrice¹⁸, i termini per le procedure aperte, ristrette o competitive con negoziazione non possono essere rispettati.

Accanto alle suindicate ipotesi, applicabili a tutte le procedure negoziali, vengono annoverate altre riguardanti i soli appalti di forniture¹⁹, i soli appalti di servizi²⁰, i casi di ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale e nel limite del triennio successivo alla stipulazione del contratto d'appalto iniziale, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi al progetto posto a base di gara²¹ e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'art. 59, comma 1.

Le amministrazioni aggiudicatrici, attraverso la procedura negoziata, individuano gli operatori economici da consultare sulla base delle informazioni riguardanti le

¹⁸ Deve trattarsi, cioè, di un'emergenza qualificata non derivante da ritardi o inadempienze della P.A..

¹⁹ Nel comma 3 della norma in commento si prevede la possibilità del ricorso alla procedura negoziata:

- qualora i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o sviluppo;
- per consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, che comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate (la durata di tali contratti non può superare i 3 anni);
- per forniture quotate e acquisite sul mercato delle materie prime;
- per forniture e servizi acquistate a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dagli organi delle procedure concorsuali.

²⁰ L'utilizzo di tale procedura è consentita qualora l'appalto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori del concorso (in tale ultimo caso, tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati).

²¹ Il progetto posto 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 negoziata 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'art. 35.

caratteristiche di qualificazione economica, finanziaria, tecniche e professionali desunte dal mercato, e ne selezionano almeno cinque (su tale profilo, si veda ampiamente *infra*).

Viene selezionato, quindi, l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, previa verifica sul possesso dei requisiti per l'affidamento di contratti di pari importo mediante procedura aperta, ristretta o competitiva con negoziazione.

L'art. 36 del codice consente il ricorso alla procedura negoziata per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie comunitarie, come fissate nell'art. 35, ripartendoli in due macro-categorie:

- a) quelli fino a € 40.000,00;
- b) quelli ricompresi tra tale soglia e quella comunitaria (anche se per i lavori è fissata la soglia massima di € 1.000.000,00 per il ricorso a tale procedura).

Ebbene, per la prima delle citate ipotesi è consentito l'affidamento diretto, purché adeguatamente motivato.

Per gli affidamenti di cui alla lett. b), invece, si impone una procedura negoziata con invito ad almeno cinque operatori (o dieci in caso di affidamento di lavori di importo ricompreso tra 150 mila ed 1 milione di euro, come previsto dalla lett. c).

Nel precedente codice la disciplina era dettata dall'art. 125, concernente il c.d. cottimo fiduciario, che prescriveva, al riguardo, oltre al limite quantitativo (del rispetto delle soglie) anche uno qualitativo ovvero la riconducibilità della prestazione in affidamento ad una di quella ivi previste o indicate nel regolamento dei contratti (*recte*: nel provvedimento) dell'Amministrazione precedente.

Il nuovo codice, invece, subordina l'applicazione di tali tipologie di affidamenti al solo limite quantitativo, fermo restando il rispetto dei principi generali di cui all'art.

30 del codice oltre che di quello di rotazione, richiamato nel comma 1 dell'art. 36.

Principiando dagli affidamenti diretti, deve premettersi che gli stessi si sono prestati, da sempre, a fenomeni distorsivi, stante il regime di fiduciarità che li caratterizzava; con la conseguenza che la scelta dell'affidatario risultava disancorata da qualsiasi tipo di indagine o di adeguata istruttoria e motivata da ragioni metagiuridiche.

Il profilo maggiormente critico era insito nella ripetitività degli affidamenti a favore dello stesso operatore, che, oltre a godere di una rendita di posizione, spuntava prezzi significativamente vantaggiosi, beneficiando dell'assenza di competizione.

I fenomeni sono risultati allarmanti a seguito dell'aumento (da 20 a 40 mila euro) della predetta soglia, oltre che per il moltiplicarsi di affidamenti di importo di poco inferiore al limite massimo, giustificati non dall'effettivo valore della prestazione bensì dall'opportunità di avvalersi di una procedura semplificata e "libera".

Per tale ragione, il nuovo codice, nel sottolineare che tale affidamento deve essere sorretto da un'adeguata motivazione, sembra aver inteso rafforzare i limiti ad un affidamento meramente fiduciario ed arbitrario, sottolineando la necessità del rispetto di alcuni principi generali ad esso sottesi.

In tale ottica, le Linee guida dell'ANAC rese in *subiecta materia* (n.4 del 26 ottobre 2016) hanno sottolineato l'esigenza di comprovare, in sede di adozione delle determinazioni di affidamento, oltre il rispetto dei requisiti per contrarre con la P.A. (tra cui l'assenza di motivi di esclusione di cui all'art. 80 ed il requisito di idoneità professionale quale l'iscrizione alla Camera di commercio o all'Albo), anche l'osservanza di alcuni criteri "guida", tra cui:

- a) l'*efficacia*, intesa quale idoneità della prestazione a perseguire l'interesse

- pubblico sotteso all'avvianda attività negoziale, con preclusione alla fissazione di caratteristiche (quali-quantitative) superflue o non necessarie ma che abiliterebbero ad un'impropria deroga alla concorrenza;
- b) l'*economicità*, intesa quale congruità del prezzo pattuito e corrisposto, al fine di evitare che lo stesso sia "imposto" dall'operatore economico affidatario (la cui posizione rafforzata è favorita dall'assenza di competitori), rendendosi, all'uopo, necessaria un'apposita indagine di mercato, con l'acquisizione di almeno due preventivi o con la consultazione di cataloghi specializzati (da acquisire a corredo della determina di affidamento);
- c) la *rotazione*, insita nella necessità di rivolgersi ad operatori diversi da quelli beneficiari di analoghi incarichi²², anche al fine di evitare che la sommatoria dei plurimi affidamenti possa favorire un raggiro delle predette soglie, imponendosi una motivazione stringente e puntuale nel caso in cui si intenda confermare l'affidatario uscente (ad esempio, evidenziando la non agevole reperibilità di altro operatore, la correttezza dello stesso in sede di esecuzione della precedente prestazione e le vantaggiose condizioni prestazionali dallo stesso garantite).

Vi è da dire che nel parere reso dalla Commissione consultiva speciale del Consiglio di Stato, in sede di adozione delle Linee guida sugli affidamenti in esame, si è sottolineata l'opportunità, mediante l'adozione di un'apposita norma regolamentare da parte delle Amministrazioni procedenti, di stabilire un'ultima soglia (ivi si propone di 1.000 euro) per la quale i predetti profili motivazionali possono regredire rispetto

²² Proprio in ragione di tale principio, si è ritenuto legittimo il mancato invito, ad una procedura negoziata *ex art. 36 comma 2 lettera b)* del D.Lgs. n. 50 del 2016 d'importo sotto la soglia comunitaria, della ditta che aveva nell'anno precedente svolto lo stesso servizio (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 04/10/2016 n. 419).

all'esiguità degli importi da sostenere.

Per quel che concerne, invece, le procedure negoziate (ad inviti) le maggiori criticità attengono alla scelta degli invitati, posto che l'operato della stazione appaltante potrebbe tradursi in impropri favoritismi o, addirittura, in raggiri della concorrenza, qualora la platea degli invitati risultasse solo formalmente rispettata (il che potrebbe avvenire in caso di invito rivolto ad operatori collegati tra loro o addirittura fittizi).

Per tale ragione, oltre a rendersi obbligatoria la pubblicazione dell'elenco degli invitati, le Linee guida (e nelle more, l'art. 216, comma 9, del codice) dettano modelli procedimentali (o "buone pratiche") tesi a disciplinare tale subprocedimento, onde evitarne un uso improprio e distorto.

Si prevede, in sintesi, l'utilizzo dell'albo all'uopo predisposto²³ o di elenchi ufficiali²⁴, da cui attingere i nominativi degli invitati.

In alternativa, è possibile pubblicare un apposito avviso (per almeno quindici giorni e sul sito della stazione appaltante) al fine di acquisire le manifestazioni di interesse degli operatori che chiedono di essere invitati.

Ragioni di *favor participationis* rendono auspicabile l'invito ad un numero di operatori maggiore rispetto alla soglia minima fissata dalla norma al fine di garantire un'effettiva competizione, riservandosi, quindi, in sede di avviso, di invitare tutti i concorrenti che ne abbiano fatto richiesta.

Tuttavia, può accadere che gli operatori inseriti nell'elenco o quelli che abbiano riscontrato positivamente l'avviso siano in numero elevato o eccessivo rispetto alla

²³ Che oltre ad essere periodicamente aggiornato, deve essere aperto, al fine di consentire agli operatori di richiederne l'inserimento in qualsiasi momento.

²⁴ Si pensi agli elenchi degli operatori accreditati dal MEPA o dalle Piattaforme regionali, ovvero iscritti agli Albi professionali.

necessità di favorire una procedura semplificata e snella²⁵.

Ebbene, in tal caso, la scelta di quelli da invitare deve seguire criteri di obiettività e imparzialità onde evitare impropri favoritismi; al contempo tale scelta deve garantire (in ossequio a quanto prescrive l'art. 53 del codice) l'anonimato degli invitati, sino alla scadenza del termine previsto per la presentazione dell'offerta.

Per tale ragione, oltre alla possibilità di stilare un'apposita graduatoria in base al fatturato o ai servizi analoghi svolti, la scelta potrebbe avvenire tramite sorteggio pubblico (di cui viene resa nota, con congruo anticipo, la data e il luogo di svolgimento) utilizzando opportuni accorgimenti, onde evitare che in tale sede emergano i nominativi degli invitati (si pensi al sorteggio del numero di protocollo delle rispettive richieste).

Il regime semplificato previsto per tale procedura emerge anche dalla possibilità, all'esito della gara, di controllare il solo aggiudicatario e dalla derogabilità allo *stand still period*, con facoltà di procedere immediatamente, all'esito dei controlli, alla stipula del contratto e all'inizio della prestazione.

Resta da avvertire, che la stazione appaltante ha sempre la facoltà di selezionare il contraente con una procedura ordinaria (senza necessità di addurre alcuna motivazione a suffragio di tale scelta).

²⁵ Una criticità potrebbe derivare dal riscontro da parte di un numero di operatori inferiore a quello prescritto dalla norma; in tale ipotesi, oltre a riaprire i termini dell'avviso, sarebbe auspicabile una maggiore pubblicizzazione e diffusione dello stesso, ovvero l'acquisizione di un elenco di possibili concorrenti tra cui selezionare altri operatori, residuando, in mancanza, la sola possibilità del ricorso alla procedura aperta, con pubblicazione del bando.