

Indicazioni sintetiche in merito a normativa sui contratti pubblici con particolare riguardo alla procedura negoziata sotto soglia.

Gabriele Gentilini

Dicembre 2006

- ✚ Principi di carattere generale in ordine alla procedura negoziata
- ✚ Procedura negoziata con bando di gara
- ✚ Procedura negoziata senza bando di gara

Principi di carattere generale in ordine alla procedura negoziata

Per quanto riguarda i contratti di appalto, sono ad oggi disciplinati dal Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (per brevità indicato come codice) contenuto nel d.lgvo 163/2006 che in attuazione della legge comunitaria n. 62/2005, ha recepito, tra l'altro, la direttiva comunitaria n. 2004/18.

Con riferimento al codice dei contratti pubblici, sopra citato ed entrato in vigore lo scorso primo luglio, si ricorda che secondo quanto disposto dal decreto legge n. 173/2006, successivamente convertito in legge, risulta tra l'altro che "per gli appalti di servizi e di forniture pubblici di qualsiasi importo, nei settori ordinari, le disposizioni dell'art. 56 si applicano alle procedure i cui bandi siano pubblicati successivamente al 1 febbraio 2007. Le disposizioni dell'articolo 57 si applicano alle procedure per le quali l'invito a presentare l'offerta è rinviato successivamente al 1 febbraio 2007."

Si evidenzia in particolare lo slittamento al 1/2/2007 dell'entrata in vigore della nuova normativa concernente l'ampliamento della trattativa privata.

Con particolare riferimento alla disciplina inerente gli appalti pubblici di forniture e di servizi si rammenta il principio generale, introdotto già da tempo dalla normativa comunitaria così come da quella nazionale, in base al quale qualunque affidamento di contratti da parte della pubblica amministrazione deve rispettare i criteri di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità (art. 2<sup>1</sup> del codice). Inoltre l'attuale soglia oltre la quale si parla di contratti di rilevanza comunitaria è pari o superiore ad euro 211.000, soglia che, ai sensi dell'art. 248 del codice, viene via via adeguata a seguito di periodiche revisioni eseguite dalla Commissione europea mediante decreto del Presidente della Repubblica.

Va detto anche che il codice produce un generale allineamento della tradizionale terminologia rispetto a quella comunitaria per cui la trattativa privata viene ridenominata procedura negoziata quale procedura in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto. Non è superfluo evidenziare, così come ribadito dall'art. 54<sup>4</sup> del codice, la natura di procedura eccezionale della citata procedura di trattativa privata-procedura negoziata.

Le disposizioni interessanti la procedura negoziata sono reperibili principalmente negli artt. 56 e 57 del codice il quale conferma la tradizionale duplice configurazione della procedura negoziata, come prevista dalla direttiva comunitaria 2004/18, previa pubblicazione del bando di gara e senza pubblicazione del bando di gara, considerato, altresì, che tali tipologie di procedura hanno valenza sia per il sopra soglia che per il sotto soglia di rilievo comunitario.

Ricordiamo il principio generale secondo cui, visto l'art. 57<sup>1</sup> del codice, vige l'obbligo per la stazione appaltante di dare motivazione congrua ogni volta che ricorre alla procedura negoziata senza pubblicazione di bando.

Lo stesso art. 57<sup>6</sup> del codice introduce un minimo di garanzie procedurali anche nella trattativa privata senza pubblicazione di bando. Infatti ove possibile la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione e seleziona almeno tre operatori economici se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando.

Viene così estesa anche all'affidamento di servizi e forniture la gara ufficiosa, come già prevista per i lavori pubblici, prevedendo il numero minimo di operatori da invitare.

Ulteriore importante principio consiste nel fatto che nella fascia sotto soglia il codice non prevede nell'ambito degli affidamenti di servizi e forniture, la trattativa privata per il solo importo, a prescindere dalla presenza di ulteriori e speciali circostanze quali l'urgenza oggettiva, l'unicità del prestatore, l'esito infruttuoso della gara, ecc..

Di conseguenza la trattativa privata-procedura negoziata nell'ambito dei servizi e forniture è legittimata solo dalle specifiche circostanze così come vengono tipizzate da parte degli artt. 56 e 57 del codice.

Procedura negoziata con bando di gara

Riguardo la procedura negoziata con pubblicazione del bando di gara se ne riscontra la relativa disciplina nell'art. 56 citato il quale recepisce pienamente l'art. 30 della direttiva comunitaria 2004/18 che riporta le seguenti casistiche costituenti principi di carattere generale:

- a) quando, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate sono irregolari ovvero inaccettabili, in relazione a quanto disposto dal presente codice in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Le stazioni appaltanti possono omettere la pubblicazione del bando di gara se invitano alla procedura negoziata tutti i concorrenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 34 a 45 che, nella procedura precedente, hanno presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima;
- b) in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori, servizi, forniture, la cui natura o i cui imprevisti non consentano la fissazione preliminare e globale dei prezzi;
- c) limitatamente ai servizi, nel caso di servizi rientranti nella categoria 6 dell'allegato II A e di prestazioni di natura

intellettuale, se la natura della prestazione da fornire renda impossibile stabilire le specifiche del contratto con la precisione sufficiente per poter aggiudicare l'appalto selezionando l'offerta migliore secondo le norme della procedura aperta o della procedura ristretta.

Con i successivi commi 2,3 e 4 dell'art, 56 vengono recepiti dalla citata direttiva 2004/18 principi di maggiore procedimentalizzazione della trattativa privata con pubblicazione di bando in modo da salvaguardare la discrezionalità presente nella procedura negoziata temperando le esigenze di flessibilità proprie della negoziazione con la possibilità di una rimodulazione dinamica delle offerte in base alle concrete esigenze dell'amministrazione. Si citano i detti commi:

2. Nei casi di cui al comma 1, le stazioni appaltanti negoziano con gli offerenti le offerte presentate, per adeguarle alle esigenze indicate nel bando di gara, nel capitolato d'oneri e negli eventuali documenti complementari, e per individuare l'offerta migliore con i criteri di selezione di cui agli articoli 82 e 83.

3. Nel corso della negoziazione le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento tra tutti gli offerenti, e non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri.

4. Le stazioni appaltanti possono prevedere che la procedura negoziata si svolga in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare applicando i criteri di aggiudicazione indicati

nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. Il ricorso a tale facoltà è indicato nel bando di gara o nel capitolato d'oneri.

Riguardo alla procedura negoziata preceduta da pubblicazione di bando si riscontrano ulteriori principi deducibili dall'art. 62<sup>1-2-3-4</sup> e più precisamente:

1. ...., 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, pertinenti all'oggetto del contratto, che intendono applicare, il numero minimo dei candidati che intendono invitare, e, ove lo ritengano opportuno, il numero massimo.

2. .... 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 una 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.

In tal modo viene data concreta attuazione all'art. 44 della più volte citata direttiva 2004/18 che dispone sul numero minimo di candidati da invitare, tra l'altro,, nelle procedure negoziate, imponendo alle amministrazioni aggiudicatrici di fissare i criteri selettivi oggettivi per la selezione dei soggetti da invitare.

Il successivo comma quinto del predetto art. 62 del codice precisa che le stazioni appaltanti non possono invitare operatori economici che non hanno chiesto di partecipare, o candidati che non hanno i requisiti richiesti.

Altresì, il comma sesto dispone che 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 in possesso delle capacità richieste, salvo quanto dispongono l'articolo 55<sup>4</sup> - per cui il bando di gara può prevedere che non si procederà ad aggiudicazione nel caso di due sole offerte valide che non verranno valutate - e l'articolo 81<sup>3</sup> - per cui le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna delle offerte risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto.

Infine il comma settimo dispone che 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<sup>4</sup> all'articolo 58<sup>9</sup>, 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.

In ordine al contenuto ed alla pubblicazione del bando di gara per gli importi sotto soglia si rinvia all'art. 124<sup>2-3-4-5</sup> del codice. Per il contenuto della lettera d'invito si rinvia all'art. 67 e per la presentazione delle domande di partecipazione e per la presentazione delle offerte all'art. 124<sup>6</sup>.

#### Procedura negoziata senza bando di gara

Con particolare riferimento alla procedura negoziata senza bando di gara l'art. 57<sup>2</sup> del codice individua le varie casistiche nelle quali può ricorrersi a tale detta procedura, nell'ambito dei servizi e delle forniture, recependo così l'art. 31 della predetta direttiva comunitaria 2004/18. Come può dedursi si tratta anche in questo caso di metodo eccezionale di scelta del contraente nell'appalto che riguarda fattispecie nelle quali la deroga all'evidenza pubblica appare oggettivamente adottabile nei seguenti casi:

a) qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Alla Commissione, su sua richiesta, va trasmessa una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta e sulla opportunità della procedura negoziata...;

b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;



c) 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 aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti.

Con particolare riferimento poi ai contratti pubblici relativi alle forniture inoltre è disposto dall'art. 57<sup>3</sup> che la procedura negoziata senza bando è consentita:

a) qualora i prodotti oggetto del contratto siano fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione, di studio o di sviluppo, a meno che non si tratti di produzione in quantità sufficiente ad accertare la redditività del prodotto o a coprire i costi di ricerca e messa a punto;

b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contrattirinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni;

c) per forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime;

d) per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato preventivo, di un'amministrazione controllata, di una liquidazione coatta amministrativa, di un'amministrazione straordinaria di grandi imprese.

L'art. 57<sup>4-5</sup> dispone quanto segue:

4. Nei contratti pubblici relativi a servizi, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita qualora il contratto faccia seguito ad 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.

5. .... negli appalti pubblici relativi a servizi, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita:

a) per ..... i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni:

a.1) tali ..... servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento;

a.2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati .....per servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale;

b) per nuovi ..... servizi consistenti nella ripetizione di ..... servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali ..... servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale, e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi ..... successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28.

\*\*\*\*\*

#### Bibliografia

- Gli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, Ponti, 2005, Firenze;
- Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria 62/2005, Garofoli Sandulli, 2005, Milano;
- Il nuovo codice dei contratti pubblici, Massari Greco, 2006, Rimini.