

SEDE LEGALE

Via della Navicella, 2/4 - 00184 - Roma

T +39 06 47836.1

C.F. 97231970589 | **P.I.** 08183101008

@ crea@pec.crea.gov.it

**Circolare informativa recante *Vademecum* in materia di
Ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando
(art. 76 del Dlgs. n. 36/2023)**

INDICE

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| 1. DEFINIZIONI | 3 |
| 2. PREMESSA | 4 |
| 3. L'ART. 76 DEL DLGS. 36/2023: CARATTERI GENERALI E NOVITÀ INTRODOTTE DAL NUOVO CODICE. | 5 |
| 4. CASISTICA CONTEMPLATA DALLA NORMA | 6 |

1. DEFINIZIONI

- *Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando*: modalità di affidamento da ricondurre ad una delle ipotesi di cui all'art. 76 del Dlgs. n. 36/2023;
- *Aggiudicatario*: come definito nell'Allegato I.1, art. 1, comma 1, lettera n) del *Codice*, un operatore economico cui è affidato un appalto o una concessione;
- *ANAC*: Autorità Nazionale Anticorruzione;
- *AT*: Amministrazione Trasparente;
- *Codice*: Dlgs. 31 marzo 2023 n. 36 recante il *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*;
- *Operatore economico*: come definito nell'Allegato I.1, art. 1, comma 1, lettera l) del *Codice*, qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica;
- *RUP*: *Responsabile Unico del Progetto*, soggetto, la cui nomina è inserita nel primo atto di ciascuna procedura disciplinata dal *Codice*, responsabile per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione;
- *Sito istituzionale*: come definito nell'Allegato I.1, art. 3, comma 1, lettera v) del *Codice*, il sito web delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, contenente la sezione "Bandi di gara e contratti", nella quale sono pubblicati gli atti, i dati e le informazioni previsti dal codice e dall'allegato II.6. Per i soggetti tenuti all'applicazione del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, la sottosezione "Bandi di gara e contratti" è collocata nella sezione "Amministrazione trasparente";
- *Stazione appaltante (SA)*: come definita nell'Allegato I.1, art. 1, comma 1, lettera a) del *Codice*, qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del *Codice*.

2. PREMESSA

Il nuovo *Codice dei contratti pubblici*, approvato con il Dlgs. 31 marzo 2023, n. 36, ha collocato l'art. 76 - che disciplina la *Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando* come norma finale della Parte IV del Libro II del nuovo *Codice - Delle procedure di scelta del contraente*, evidenziando quindi la volontà del legislatore di ritenere tale modalità di affidamento di natura *eccezionale e residuale*.

È possibile, infatti, fare ricorso a tale tipologia di procedura - indipendentemente dall'importo dell'appalto - solo in presenza di tassative e stringenti condizioni.

In particolare, mentre le procedure di cui all'art. 50 del Codice trovano la propria legittimazione nel valore economico fissato dal legislatore, al contrario la *negoziata senza bando*, disciplinata dall'art. 76 dello stesso, si giustifica solo al ricorrere dei presupposti di cui alle specifiche casistiche previste dalla norma.

Inoltre, pur riprendendo gran parte dei contenuti dell'art. 63 del previgente Codice (Dlgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii.), la nuova norma evidenzia la necessità di una maggiore responsabilizzazione in capo alla Stazione appaltante, dovendo quest'ultima prevedere, allo scopo, un idoneo apparato motivazionale.

Il ricorso a una delle ipotesi contemplate nella norma in esame costituisce, nella specie, una deroga all'obbligo generale di affidare contratti pubblici attraverso un confronto concorrenziale *ad evidenza pubblica*, con il superamento del passaggio propedeutico relativo alla pubblicazione del bando di gara e conseguente gestione della procedura alla stregua di un affidamento diretto.

A fronte delle diverse problematiche riscontrate circa la corretta applicazione della disposizione in argomento, con il presente documento (a seguire anche Circolare recante *Vademecum*) si forniscono chiarimenti per prevenire criticità interpretative e applicative - anche alla luce delle più consolidate pronunce giurisprudenziali¹.

¹ Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente [...] le ipotesi concernenti il ricorso al sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando rappresentano un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva (Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2016, n. 413; Consiglio di Stato, sez. III, 31 gennaio 2018, n. 641). È stato, inoltre, precisato che [...] trattasi di una procedura derogatoria rispetto alle ordinarie procedure ad evidenza pubblica, che notoriamente costituiscono presidio dei principi comunitari di massima trasparenza e concorrenzialità e risulta legittima solo nei casi e alle condizioni specificamente ed espressamente previste da tale disposizione (Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 18 luglio 2017, n. 3553; Consiglio di Stato, sez. V, 7 giugno 2016, n. 2424; TAR Liguria, sez. II, 9 maggio 2017, n. 411).

3. L'ART. 76 DEL DLGS. 36/2023: CARATTERI GENERALI E NOVITÀ INTRODOTTE DAL NUOVO CODICE

Il nuovo Codice - come si evince dal primo comma dell'art. 76 - sposta l'attenzione ora sul concetto di *Stazioni appaltanti* (in luogo di *Amministrazioni aggiudicatrici* di cui al previgente art. 63 del Dlgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii.), in quanto queste ultime - per mezzo delle valutazioni effettuate da parte del RUP - hanno l'obbligo di ponderare *ab origine* la situazione di fatto sottesa all'affidamento, **motivando nel primo atto della procedura, in maniera più articolata, le ragioni che ne giustificano i presupposti tenendo conto della specifica situazione di fatto, delle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano.**

A sostegno di quanto appena rappresentato, la stessa norma introduce la nuova previsione secondo cui le Stazioni appaltanti devono, altresì, tener conto durante il loro operato, anche dei *principi di cui agli artt. 1, 2 e 3 del nuovo Codice* e degli *esiti delle consultazioni di mercato* eventualmente eseguite, *rivolte anche ad analizzare i mercati europei oppure, se del caso, extraeuropei.*

La valorizzazione della motivazione da parte del legislatore consolida, quindi, il carattere di *eccezionalità* del ricorso a tale tipologia di procedura.

La stessa ANAC - con parere n. 4/2022 - ha rappresentato la necessità di adottare un particolare rigore nell'individuazione dei suoi presupposti giustificativi, costituendo un'ipotesi di deroga all'evidenza pubblica².

L'obbligo motivazionale, pertanto, non deve riportare un contenuto meramente formale ma deve contenere l'indicazione oggettiva dei pertinenti presupposti legittimanti la scelta della Stazione stessa, nonché, di un nesso di necessaria implicazione causale, tale da giustificarne il ricorso.

Nella prassi, una motivazione realmente adeguata dà conto, ad esempio: del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti; della rispondenza di quanto offerto alle esigenze della Stazione appaltante; di eventuali e peculiari caratteristiche che consentono di ottenere determinati risultati, diversamente non perseguibili (si pensi all'ipotesi relativa ad alcuni acquisti

² Cfr. Delibere ANAC n. 346 del 22 aprile 2020, n. 447 del 27 maggio 2020, n. 268 del 30 marzo 2021 e Linee guida ANAC n. 8 approvate con Delibera n. 950 del 13 settembre 2017.

effettuati nell'ambito delle attività legate alla ricerca); della convenienza del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione richiesta.

Deve considerarsi, pertanto, illegittimo - per difetto di motivazione - il provvedimento privo di congrua indicazione delle sue premesse logico-giuridiche e dell'*iter* argomentativo che ne costituisce lo sviluppo³.

4. CASISTICA CONTEMPLATA DALLA NORMA

Ciò rappresentato, si passa di seguito ad esaminare le possibili e varie applicazioni della norma di che trattasi.

L'art. 76, al comma 2, ammette, in particolare, per i lavori, i servizi e le forniture il ricorso alla *procedura negoziata senza bando* in caso di:

- a) ***gara deserta*** (quando non è pervenuta alcuna offerta o risulta inappropriata né tantomeno sia pervenuta alcuna domanda di partecipazione);
- b) presenza sul mercato di un ***unico operatore economico*** (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 diritti di proprietà intellettuale*)⁴;
- c) ***estrema urgenza***, derivante da eventi imprevedibili e non imputabili alla Stazione appaltante⁵.

Il comma 4 prevede poi, per le sole forniture, la medesima possibilità anche in caso di:

- a) ***prodotti*** fabbricati *solo a scopo di ricerca, sperimentazione, sviluppo o studio*;
- b) ***consegne complementari*** effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti (in tal caso, il contratto non può superare i *tre anni*) o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti (le *consegne complementari* potranno essere richieste fino a un massimo di *tre anni* dal primo ordinativo) quando il cambiamento del fornitore comporterebbe svantaggi tecnici ed economici per la Stazione appaltante (incompatibilità tra sistemi, difficoltà tecniche sproporzionate);
- c) ***forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime***;
- d) ***forniture a condizioni molto vantaggiose da un fornitore che cessa l'attività***⁶.

³ La motivazione costituisce il limite normativo espresso all'esercizio della discrezionalità amministrativa. Al riguardo, l'art. 97, comma 2, della Costituzione e l'art. 3, comma 1, della Legge n. 241/1990 impongono che ogni provvedimento amministrativo, di carattere non generale, sia motivato.

⁴ Le eccezioni di cui al comma 2, lettera b), punti 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 (art. 76, comma 3, del Codice).

⁵ La richiesta di procedere in prossimità o ad intervenuta scadenza contrattuale, dovuta a una non corretta programmazione, non può in nessun caso giustificare l'adozione in urgenza di qualsiasi tipo di procedura.

⁶ L'ipotesi di cui alla predetta lettera trova applicazione anche per i servizi.

I successivi **commi 5 e 6**, solo per gli appalti di servizi e lavori, consentono di applicare la procedura in esame nei seguenti casi:

- negli appalti pubblici relativi a *servizi* quando l'appalto fa seguito ad un **concorso di progettazione** e deve essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso;
- nel caso di nuovi *lavori* o *servizi* consistenti nella **ripetizione di lavori o servizi analoghi**, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle stesse Stazioni appaltanti, purché entro tre anni dalla stipula del contratto di appalto iniziale.

La disposizione si chiude con il **comma 7** che disciplina il **confronto concorrenziale con invito a tre operatori economici, ove sussistano**.

Approfondimenti

Di seguito sono trattate solo quelle casistiche che investono maggiormente le attività di approvvigionamento dell'Ente.

L'art. 76, comma 2, lettera a) disciplina l'ipotesi della **gara deserta**, ovvero, la possibilità di ricorrere alla *procedura negoziata senza pubblicazione del bando* qualora - in esito all'esperimento di una *procedura aperta o ristretta* - non sia stata presentata alcuna offerta o sia stata presentata un'offerta non appropriata⁷, né alcuna domanda di partecipazione ovvero sia pervenuta una domanda non appropriata.

Nel caso di specie, può ritenersi che, al ricorrere di dette ipotesi la suddetta gara (aperta o ristretta) si sia conclusa senza una valida aggiudicazione.

La procedura in argomento potrà, però, essere invocata solo laddove sia stato anche contestualmente accertato che il disinteresse da parte dell'operatore economico non sia derivato da un'errata valutazione della Stazione appaltante in sede di redazione documentale (ad esempio, mancata suddivisione della procedura in lotti ovvero errata valutazione della busta d'asta e/o della quantità e qualità della fornitura nonché dei servizi connessi; o altri fattori simili che potrebbero aver contribuito all'insuccesso dell'*iter* procedurale) e siano state soddisfatte tutte le condizioni previste dalla normativa vigente, ciò nel rispetto dei canoni di trasparenza, buon andamento e imparzialità.

⁷ Un'offerta non è ritenuta 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. Una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata se l'operatore economico interessato è escluso ai sensi degli articoli 94, 95, 96, 97 e 98 del Codice o non soddisfa i requisiti stabiliti dalla Stazione appaltante ai sensi dell'articolo 100 del Codice.

In caso contrario, l'Amministrazione, prima di procedere con qualsiasi altra scelta, sarà tenuta a rimodulare la *lex specialis* di gara affinché la documentazione possa riportare elementi di novità, tali da poter indire una nuova procedura concorrenziale e consona al raggiungimento effettivo del risultato.

Solo nel caso in cui venga accertato, quindi, che la gara sia andata deserta per causa effettivamente non imputabile alla SA, quest'ultima potrà verificare l'utilizzo della procedura in argomento, valutando, *in primis*, la possibilità di ricorrere all'ipotesi di cui al predetto comma 7 dell'art. 76 del Codice⁸.

Resta fermo che - pur costituendo un segmento procedimentale autonomo rispetto all'originaria gara andata deserta - nel concreto la *lettera di invito* della nuova procedura è strutturata quale appendice⁹ della precedente. Si ha, in sostanza, una sorta di rinnovazione integrale della disciplina della gara pubblica, in quanto in capo ai concorrenti invitati¹⁰ è imposto il vincolo del rispetto delle prescrizioni della *lex specialis* tipiche della gara ordinaria. Diversamente la *lettera d'invito* rappresenterebbe una sorta di "contenitore vuoto" e non consentirebbe la presentazione di un'offerta consapevole né lo svolgimento delle operazioni concorsuali¹¹.

L'art. 76, comma 2, lettera b) disciplina, invece, le ipotesi in cui i lavori, le forniture e i servizi possono essere resi *unicamente* da un determinato operatore economico 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) *per tutelare diritti esclusivi* (inclusi i diritti di proprietà intellettuale).

Sul punto il nuovo Dlgs. n. 36/2023 non introduce alcuna novità rispetto alle medesime ipotesi tassative di cui all'*ex art.* 63 del Dlgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii..

⁸ Laddove non sia stato possibile individuare gli operatori economici da invitare nel rispetto del numero di tre stabilito dalla norma, occorrerà estendere l'invito agli eventuali due soggetti reperiti. In tal caso, il provvedimento di avvio procedura riporterà la motivazione della mancata individuazione del terzo operatore economico. Qualora non sia stato possibile individuare neanche due operatori, il RUP potrà valutare altra modalità alternativa da seguire, avuto riguardo a comunicare le relative motivazioni che dovranno essere poi riportate nell'eventuale provvedimento di affidamento.

⁹ Nel provvedimento di avvio della nuova procedura e nella lettera di invito deve essere fatta specifica menzione del fatto che la stessa segue ad una gara pubblica andata deserta.

¹⁰ Si evidenzia che la nuova norma, rispetto al Dlgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., modifica il numero minimo di operatori economici da invitare che da cinque è ridotto a tre, numero ritenuto idoneo ad assicurare l'effettività del confronto concorrenziale, ove possibile. In tal caso, le Stazioni appaltanti individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica - finanziaria e tecniche - professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza.

¹¹ Cfr. TAR Catanzaro, 31 marzo 2018 n. 1132.

Per poter ora spiegare la corretta applicazione delle ipotesi disciplinate ai succitati punti 2) e 3) di maggiore interesse per l'Amministrazione, occorre prendere le mosse dall'analisi dei concetti di *infungibilità* ed *esclusività*, da non confondere tra loro in quanto non sinonimi.

Si definiscono *infungibili* quei beni durevoli o quei servizi non equivalenti ad altri, né per utilità né per valore e, quindi, non interscambiabili. Un bene è, pertanto, *infungibile* se è l'unico a poter garantire il soddisfacimento di un determinato bisogno.

Sono, invece, *esclusivi* quei prodotti, beni durevoli¹² o servizi, protetti da brevetti o privative industriali (anche se fungibili con altri prodotti/beni o tecniche che garantiscono equivalenti prestazioni e risultati). L'esclusività attiene, quindi, ad aspetti giuridici e commerciali. Solo il titolare di un diritto di esclusiva può, infatti, sfruttare economicamente un certo prodotto o servizio¹³.

Aver chiara tale distinzione risulta, pertanto, di rilevante importanza poiché, per poter utilizzare la procedura ex art. 76, comma 2, lett. b), punti 2) e/o 3), è necessario che ricorrano determinate condizioni.

Sul punto era intervenuta l'ANAC, per delimitarne presupposti e casistiche, con l'emanazione, a suo tempo, della *Linea Guida n. 8* che, benché non più vigente, contiene principi tuttora attuali.

Si rileva che la semplice acquisizione di una dichiarazione da parte di un operatore economico - circa la sua possibile produzione/distribuzione esclusiva di un bene ovvero l'unicità nella resa di un servizio dipendente anche da motivi di natura tecnica che determinano *ex ante* il possibile esecutore - non costituisce di per sé presupposto legittimante per l'acquisizione diretta da quel dato operatore¹⁴. Il provvedimento di affidamento deve, dunque, riportare necessariamente anche la motivazione circostanziata delle specifiche ragioni di unicità sottese al soddisfacimento del bisogno manifestato, in modo da escludere la presenza sul mercato di altri operatori in grado di soddisfare l'esigenza dell'Amministrazione.

¹² Si intendono *beni durevoli* quei beni dai quali derivi un determinato accrescimento del patrimonio dell'Ente.

¹³ L'esistenza di un diritto di esclusiva non preclude che l'esigenza acquisitiva della Stazione appaltante possa essere soddisfatta in modo adeguato anche ricorrendo ad altri prodotti o processi. Infatti, in presenza di tale tipologia di diritto o di un brevetto potrebbero sul mercato esistere distributori indipendenti o operatori economici che accedono al bene e che possono offrire, in concorrenza tra loro, quanto di necessità dell'Amministrazione. In tale contesto, non ricorrerebbero, quindi, le condizioni per procedere con l'art. 76, comma 2, lett. b) punti 2) e/o 3).

¹⁴ Al fine di comprovare le dichiarazioni rese dagli operatori - alla luce degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti formati in materia - è indispensabile che il soggetto aggiudicatore (SA) dimostri che ricorrono le condizioni di legge, provvedendo a verificare il mercato di riferimento previa pubblicazione di un *Avviso* sul sito istituzionale dell'Ente che dettagli, tra l'altro, da subito gli aspetti di carattere tecnico-operativo della prestazione da rendere. In caso di appalto sopra soglia comunitaria, la pubblicazione deve essere estesa anche nella GUUE.

Quest'ultima non può altrettanto ritenere esaustive indagini di mercato risalenti nel tempo.

Sul punto in esame, si allega una bozza di *Avviso* volto a sondare il mercato per la verifica di alternative ragionevoli in termini di assenza di concorrenza per motivi tecnici e/o di esclusività (Allegato 1).

In merito all'argomento oggetto di specifica trattazione, si vuole ora porre l'attenzione su un particolare caso pratico di interesse dei Centri di ricerca CREA.

Potrebbe verificarsi l'ipotesi in cui, nell'ambito delle proprie attività legate alla ricerca, si decida di avvalersi dello strumento dell'*Accordo Quadro*¹⁵ ex art. 59 del Dlgs. 36/2023 per acquisire da un determinato operatore economico - accertato quale *unico*¹⁶ fornitore/distributore - una data fornitura ripetitiva e relativa ad es. a prodotti da laboratorio (si pensi al caso dei reagenti).

In tal caso, accertata preliminarmente l'effettiva *unicità*¹⁷ del fornitore, la SA, per il tramite del RUP, dovrà comunque assicurare che venga garantito il rispetto del principio della tutela della concorrenza durante l'intero arco temporale dell'Accordo sottoscritto. Nella specie, infatti, potrebbe *medio tempore* verificarsi un cambiamento del mercato dovuto all'ingresso di nuovi operatori - tale da far venir meno l'unicità iniziale - nel periodo intercorrente tra la verifica effettuata a monte dell'affidamento e il tempo che residua sino alla scadenza del contratto stesso¹⁸.

Pertanto, in presenza di un *Accordo Quadro* pluriennale, si dovrà, per buona prassi, provvedere periodicamente alla pubblicazione sul proprio sito istituzionale di un *Avviso di indagine conoscitivo*¹⁹, volto a rendere nota all'esterno l'esigenza di dover usufruire di quei dati prodotti ancora per un ulteriore periodo di tempo.

¹⁵ L'Accordo Quadro, nei settori ordinari, può avere una durata massima di quattro anni.

¹⁶ La giurisprudenza ha puntualizzato sul punto che l'*unicità* di un "operatore economico determinato", chiesta dalla norma in argomento, non esprime un concetto astratto ma concreto, dovendosi considerare *unico* il prodotto che "in quel momento, sia pronto all'uso, senza necessità di adeguamenti, modifiche ed ulteriori incrementi ed adattamenti" (Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 10 luglio 2015, n. 3488).

Al riguardo, si segnala che, sempre in ambito giurisprudenziale, è stato inoltre più volte osservato come, in caso di forniture e servizi caratterizzati da *esclusività*, la scelta di ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara richieda un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente ed è onere dell'Amministrazione affidante dimostrarne l'effettiva esistenza (Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2019, n. 3983; Cons. Stato, sez. III, 18 gennaio 2018, n. 310; Tar Lazio Roma, sez. I, 6 novembre 2019 n. 12735), come anche già spiegato nel presente documento.

¹⁷ Previo rispetto delle previsioni di cui alla precedente nota 14 per ciò che concerne la verifica della sussistenza dell'unicità sul mercato di quel dato operatore economico.

¹⁸ I contratti esecutivi derivanti dall'Accordo Quadro possono essere stipulati sino al giorno di scadenza dello stesso. Se stipulati entro detto termine, le relative consegne potranno avvenire anche successivamente.

¹⁹ L'*Avviso di indagine conoscitivo* non è da intendersi quale acquisizione di manifestazioni di interesse ma è finalizzato solamente a reperire eventuali segnalazioni da parte di nuovi operatori economici nel frattempo entrati nel medesimo mercato di riferimento. Da qui l'obbligatorietà di rivedere le proprie valutazioni iniziali. Si suggerisce, pertanto, di pubblicare periodicamente detto Avviso, sul sito dell'Ente, lasciandolo visibile per più tempo rispetto a un Avviso di manifestazione d'interesse.

Da ciò l'attenzione di inserire, nei documenti procedurali disciplinanti l'Accordo stesso, anche una clausola che preveda la possibilità di risolvere anticipatamente il contratto laddove sia intervenuto tale mutamento.

L'art. 76, comma 2, lettera c) disciplina l'ipotesi della *estrema urgenza*, nella misura strettamente necessaria, quando la stessa derivi da eventi *imprevedibili*²⁰, non imputabili alla Stazione appaltante e i termini per le procedure aperte o ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati.

È pacifico che l'urgenza - derivata da *esigenze contingibili ed eccezionali* - non permette, quindi, il ricorso all'uso delle normali procedure e deve essere *dettagliatamente motivata* in base a concrete circostanze di fatto e non a mere opportunità o convenienza, meno che mai dalla necessità di impegnare gli stanziamenti disponibili.

Di seguito, si procede ad analizzare nel dettaglio il tenore letterale del punto della norma in esame.

L'espressione *nella misura strettamente necessaria*, utilizzata dal legislatore, rinvia inevitabilmente al principio di proporzionalità, nel senso che il sacrificio imposto alla regola dell'evidenza pubblica deve essere quello strettamente necessario per raggiungere il fine da perseguire.

L'espressione *eventi imprevedibili*, invece, è strettamente collegata al concetto di *non imputabilità* all'Amministrazione delle circostanze a fondamento dell'invocata *urgenza*, richiamata nel medesimo articolo in commento.

Un possibile parametro di riferimento nel definire la prevedibilità dell'evento è individuato, quindi, nell'ordinaria diligenza che deve sempre caratterizzare l'agire di ogni Amministrazione procedente²¹.

La situazione di *urgenza* non prevedibile deve anche *non essere imputabile all'inerzia della stessa Amministrazione* che, pur avendo la possibilità di procedere con gli ordinari sistemi di scelta del contraente, non vi abbia tempestivamente provveduto. In altre parole, si dovrà dare evidenza del fatto che l'emergenza creatasi non poteva essere prevista e che, pertanto, considerato il carattere eccezionale

²⁰ A definire le caratteristiche dell'urgenza è intervenuta la normativa comunitaria secondo cui la stessa si deve presentare dapprima come *eccezionale* (art. 9 Dir. 305/1971) e poi come *imperiosa o estrema* (art. 6 Dir. 36/1993). Inoltre, deve dipendere da *eventi imprevedibili*.

²¹ L'ANAC, conformandosi agli orientamenti comunitari in materia, ha ritenuto che l'urgenza legittimante il ricorso alla procedura debba essere qualificata e non generica, deve cioè corrispondere ad esigenze eccezionali e contingenti tali da far ritenere che il rinvio dell'intervento comprometterebbe irrimediabilmente il raggiungimento degli obiettivi della Stazione appaltante.

della stessa, quest'ultima non è addebitabile per negligenza, carenza di adeguata organizzazione o programmazione ovvero per inerzia o responsabilità.

La condotta della Stazione appaltante, quindi, non deve essere mai censurabile in merito alle circostanze poste a fondamento dell'urgenza; anche solo il probabile concorso nella causazione delle circostanze è rimproverabile a quest'ultima, quando, pur non avendolo voluto, doveva (perché poteva) impedirlo.

In sintesi, per poter invocare il ricorso alla procedura di cui all'art. 76, comma 2, lett. c) del Codice, devono sussistere entrambi i presupposti della *imprevedibilità* e non *imputabilità*²², con la conseguenza che la mancanza anche di uno di essi è sufficiente a rendere illegittimo il ricorso alla medesima.

Resta ferma la necessità che l'urgenza venga sempre *adeguatamente motivata*²³ allo scopo di giustificare la scelta adottata dall'Amministrazione.

Le ragioni di fatto e di diritto contenute nella motivazione devono, infatti, essere sviluppate in un percorso logico-giuridico che giustifichi i presupposti legittimanti l'utilizzo della procedura prescelta secondo i canoni individuati dall'articolo 3, della legge n. 241 del 1990.

Caso ancora diverso è quello disciplinato al successivo **comma 4 dell'art. 76**, che consente di ricorrervi solo nelle seguenti ipotesi:

²² Deve essere dimostrata la concreta rilevanza dell'urgenza coniugata all'imprevedibilità sottesa alla scelta, elementi che non consentano l'indugio alla procedura ordinaria, pena l'illegittimità del provvedimento amministrativo, nel caso di specie dell'affidamento.

²³ L'obbligo motivazionale [...] lungi dall'atteggiarsi alla stregua di una mera estrinsecazione di un apparato giustificativo preconfezionato al solo scopo di offrire emersione alle scelte discrezionalmente operate dall'Amministrazione, deve oggettivamente (quanto, con ogni evidenza, compiutamente) offrire l'indicazione dei pertinenti presupposti legittimanti e, con essi, della presenza di un nesso di necessaria (quanto univoca) implicazione causale, tale da imporre (in presenza di condizioni che la stessa legge qualifica, delimitandone l'operatività alla misura "strettamente necessaria", in termini di "estrema urgenza" e di "imprevedibilità") il ricorso alla trattativa privata [...].

Sullo specifico profilo della motivazione si è pronunciata la Corte dei Conti, la quale ha ribadito che la mancanza assoluta di motivazione rende di per sé sola illegittimo l'affidamento del contratto; la motivazione deve essere puntuale, circostanziata e sorretta da adeguata dimostrazione dei presupposti di fatto che hanno indotto l'Amministrazione a ricorrere alla trattativa: il mero riferimento alla norma di legge che in astratto consente eccezionalmente di ricorrere alla trattativa privata è del tutto insufficiente ad offrire ragione dell'applicazione della norma medesima, quando non sia data esplicita dimostrazione delle condizioni fattuali concrete che realizzano la fattispecie.

In merito, si richiama anche il TAR Lazio-Roma, sez. II-ter, 15 febbraio 2024, n. 3093, secondo cui [...] E' infatti nota la portata eccezionale della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, quale si erince dal considerando 50 della direttiva 24/2014/UE ("tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali") e dall'art. 32 della stessa direttiva, che è stato testualmente trasposto nell'art. 65, comma 2, lett. c), del D.lgs. n. 50 del 2016. [...] Perciò ciò che rileva ai fini della legittimità di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando è, sotto il profilo che qui viene in considerazione, che l'Amministrazione si sia trovata in una situazione di estrema urgenza per via di eventi imprevedibili e non a sé imputabili, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto che hanno caratterizzato tempi e modalità di indizione della procedura di gara. [...] L'affidamento con procedura negoziata senza bando è, quindi, consentito nella misura strettamente necessaria, ricorrendo i seguenti presupposti di stretta interpretazione:

- ragioni di estrema urgenza tali da non essere compatibili con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara;
- ricorrenza di eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice;
- circostanze invocate a giustificazione che "non devono essere in alcun modo imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici".

Ancora sul punto, infine, si riporta quanto deciso dal Consiglio di Stato, sez. III, 31.05.2024 n. 4875, ove si legge [...] L'opzione riveste carattere di eccezionalità, sicché la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente" [...].

- a) quando i *prodotti sono fabbricati solo a scopo di ricerca, sperimentazione, sviluppo o studio* (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 la sostituzione del fornitore obbligherebbe 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, compresi quelli rinnovabili, non può comunque di regola superare i *tre anni*;
- c) per *forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime*;
- d) per acquisto di *forniture o servizi a condizioni molto vantaggiose da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale o dagli organi delle procedure concorsuali*.

Sorvolando sull'ipotesi di cui alla lettera c) di poco interesse per l'Ente, per gli altri tre casi si forniranno di seguito alcune istruzioni operative al fine di poter consentire agli addetti alle attività negoziali di redigere per i singoli casi un provvedimento di affidamento conforme alla normativa.

Circa l'ipotesi di cui alla **lettera a)** è necessario che il richiedente l'acquisizione provveda a individuare elementi specifici per motivare la possibilità di ricorrere all'utilizzo di tale procedura e superare il limite imposto dalla normativa.

Si pensi al caso, ad esempio, di un progetto di ricerca nell'ambito del quale, per perseguire determinati risultati scientifici, il ricercatore necessita dell'acquisizione di un prototipo che può realizzare solo un determinato operatore economico.

È evidente che il ricercatore dovrà fornire le informazioni utili a spiegare le ragioni della sua scelta evidenziando, inoltre, quegli aspetti tecnici per i quali non sia possibile muoversi in altra direzione.

Le motivazioni andranno, quindi, riportate nella richiesta di avvio procedura, unitamente a una descrizione del progetto e della finalità da perseguire con lo stesso mediante l'utilizzo del prototipo da acquisire.

Un passaggio in più, oltre all'obbligo di motivazione, è dovuto per poter ricorrere correttamente all'ipotesi di cui invece alla **lettera b)**.

In particolare, si può invocare la *complementarità* della fornitura richiamata dalla norma in esame, previa redazione di un provvedimento di affidamento da cui si evinca, *in primis*, che trattasi di prima acquisizione di prodotti nell'ambito di una fornitura ripetitiva da poter poi incrementare, di volta in volta, nel corso del progetto, in ragione dei risultati ottenuti dal ricercatore interessato²⁴.

Inoltre, deve potersi desumere che l'acquisizione di forniture con caratteristiche tecniche differenti non consentirebbe l'attendibilità degli studi scientifici oggetto di ricerca. Diversamente la *complementarità* non può essere invocata.

Ragionamento analogo può essere fatto laddove sia necessario ricorrere alla manutenzione *extra-contratto* per il mantenimento del corretto funzionamento di una strumentazione scientifica - di una specifica marca - già inventariata dal Centro.

Nel caso di specie, si può far ricorso al punto in esame della norma, ove sia dimostrabile, a titolo esemplificativo, che la manutenzione non può essere richiesta a fornitori differenti dal produttore per ragioni di *incompatibilità* o *difficoltà tecniche sproporzionate*, anche al fine di non incorrere in problematiche legate a perdite delle garanzie post-vendita.

Per poter invocare, infine, l'ipotesi di cui alla **lettera d)**, prima di provvedere alle acquisizioni di che trattasi, il richiedente deve accertare e comprovare l'effettiva cessazione delle attività societarie.

Tralasciando l'analisi del **comma 5** dell'art. 76 del Codice per le ragioni di cui sopra, si passa ad esaminare il **comma 6**, secondo cui la procedura in oggetto può essere utilizzata nel caso di *nuovi lavori o servizi* consistenti nella *ripetizione di lavori o servizi analoghi*.

La *ripetizione di servizi analoghi* è una procedura che permette agli Enti di affidare, senza una nuova gara, servizi simili a quelli già oggetto di un contratto precedente²⁵.

Questa possibilità era prevista già all'art. 63, comma 5 del Dlgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. e ha trovato conferma nell'art. 76, comma 6, del nuovo Codice che consente la possibilità di affidare *servizi analoghi* solo qualora ne sia riportata la previsione nei documenti originari di gara e sia stata osservata la normativa di riferimento.

²⁴ Qualora venga rispettato quanto sopra riportato - per le successive forniture complementari - il Centro interessato dal primo acquisto potrà predisporre, di volta in volta, un provvedimento di nuova acquisizione che dettagli semplicemente le nuove forniture complementari di cui si necessita, fermo restando il richiamo al primo provvedimento di affidamento che ne contiene la motivazione della scelta adottata.

²⁵ Nel diritto degli appalti pubblici, la *ripetizione di servizi analoghi* è concepita per garantire efficienza e continuità nella fornitura di servizi, consentendo all'Ente di affidare direttamente al medesimo appaltatore servizi simili a quelli già contrattualizzati, a condizione che siano rispettati determinati requisiti.

I *servizi e lavori analoghi* sono prestazioni “simili” a quelle oggetto del contratto originario ma diverse e ulteriori (quindi *non identiche*).

All'interno del progetto a monte della procedura, l'Amministrazione dovrà prevedere, quindi, la possibilità di attivare questa opzione, indicando l'ambito di esecuzione delle prestazioni *analoghe* ed eventualmente anche di quelle *complementari*, oltre che la loro quantificazione economica ai fini del calcolo del corretto valore dell'appalto.

Il Codice nel caso dei *servizi e lavori analoghi* pone vincoli precisi: possono essere, infatti, previsti solo nell'ambito di una procedura *ordinaria* (gare aperte, ristrette, partenariato per l'innovazione, dialogo competitivo) e possono essere attivati solo nel triennio successivo alla stipulazione del contratto di appalto iniziale. Quindi, anche qualora il contratto originario abbia una durata superiore a tre anni, la decisione - che rimane sempre opzionale per la Stazione appaltante - di attivare la ripetizione deve essere presa entro il triennio.

Si suggerisce di prevedere la ripetizione nei limiti della durata massima del contratto originario.

Si ritiene utile concludere tale disamina, evidenziando le differenze tra *ripetizione di servizio analogo* e *rinnovo contrattuale*.

Sono da considerare *servizi analoghi* quelli che hanno relazione o qualcosa in comune con i servizi oggetto di affidamento principale, diversi dai *servizi identici* che possono più propriamente essere oggetto di rinnovo contrattuale.

Per ripetizione di *servizi analoghi* è corretto, pertanto, intendere ripetizione di servizi non coincidenti con quelli originariamente previsti in gara²⁶.

La ripetizione dei *servizi analoghi* non è, quindi, un mero rinnovo del primo contratto²⁷.

Quello che deve sempre rispettarsi in fase di detta ripetizione è il limite economico individuato in fase di gara. L'articolo 76, comma 6 del Codice prevede, infatti, che l'importo totale previsto per la

²⁶ Giova richiamare la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 2882 dell'11 maggio 2009, con la quale i giudici di Palazzo Spada, in relazione al vecchio Codice, hanno respinto la teoria, avanzata da una Stazione appaltante, circa l'equiparazione tra il rinnovo e la ripetizione del servizio. Nello specifico, già allora veniva rimarcata la differenza tra i due istituti, in particolare chiarendo che [...] *mentre il rinnovo del contratto si sostanzia nella riedizione del rapporto pregresso (generalmente in virtù di una clausola già contenuta nella relativa disciplina), la ripetizione di servizi analoghi [...] postula una nuova aggiudicazione (sia pure in forma negoziata) alla stregua di un progetto di base* [...].

²⁷ I servizi oggetto del secondo affidamento in ripetizione al primo possono tranquillamente essere aggiornati rispetto a quelli oggetto del primo contratto, senza che ciò rientri nell'ambito della variante quanto piuttosto nell'ambito della nuova negoziazione.

prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi venga computato per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie²⁸.

Quanto, infine, all'analisi del **comma 7 dell'art. 76**, si rinvia a quanto già argomentato in precedenza.

In conclusione, emerge di tutta evidenza che l'applicabilità concreta della *procedura negoziata senza bando* di cui all'art. 76 del Codice risulta molto eterogenea e semplificata, evitando l'imposizione di oneri procedurali, non discendenti tra l'altro dal diritto europeo e potenzialmente incompatibili con le finalità sottese all'istituto in esame.

Gli stessi orientamenti giurisprudenziali confermano, però, che i presupposti fissati dalla legge, per tale tipologia di affidamento, devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili d'interpretazione da parte degli operatori di settore.

Per quanto non espressamente trattato nel presente documento, si rinvia al Dlgs. n. 36/2023 e ss.mm.ii..

Allegato:

- Bozza Avviso di consultazione di mercato per la verifica dell'assenza di concorrenza per motivi tecnici e/o esclusività

²⁸ Cfr. Parere MIT n. 1766 del 2 giugno 2023.