

# Edilizia e Territorio

## Trattativa privata, restano i casi previsti dal vecchio codice. Più spazio alla procedura negoziata con bando

Poche novità nella procedura negoziata senza bando, se si eccettua l'obbligo di invitare cinque operatori invece di tre. Più innovativa la formula «competitiva con negoziazione»

29 marzo 2016 - Roberto Mangani

Il decreto di riforma del codice appalti individua, accanto alle procedure di gara cui gli enti appaltanti possono ricorrere in via ordinaria (aperta e ristretta), altre due tipologie di procedure – oltre al dialogo competitivo - il cui utilizzo è ammesso in ipotesi predeterminate dallo stesso legislatore. Si tratta della procedura negoziata senza preventiva pubblicità e della procedura competitiva con negoziazione.

La prima è già presente nel Dlgs. 163/2006 e richiama – sia pure con alcuni tratti peculiari – la tradizionale trattativa privata. La seconda costituisce invece una novità, che trova origine nelle corrispondenti previsioni della Direttiva Ue 2014/24. Essa sostituisce la procedura negoziata con preventiva pubblicità, di cui riprende alcuni caratteri ma da cui si discosta sia per i casi di utilizzo che per le modalità di svolgimento.

### **La procedura negoziata senza preventiva pubblicità: quando è possibile**

La relativa disciplina è contenuta all'articolo 63 del decreto di riforma e riprende sostanzialmente quella dell'attuale articolo 57 del D.lgs. 163.

Ad essa le stazioni appaltanti possono ricorrere solo nei casi specificamente indicati dalla medesima norma, variamente articolati in relazione alle diverse tipologie di appalti.

**a)** Per tutti gli appalti, sia di lavori che di forniture e servizi, il ricorso a questa procedura è ammesso nelle seguenti ipotesi (comma 2) che, al di là di qualche diversità di formulazione lessicale, riprendono quanto già previsto dal D.lgs. 163:

1. *gara deserta*, cioè quando in una precedente procedura non è stata presentata alcuna offerta o solo offerte inappropriate (cioè non adeguate a soddisfare le esigenze dell'ente appaltante), purché non siano sostanzialmente modificate le condizioni della gara originaria;

2. *prestazione che può essere resa solo da un determinato operatore* o perché si tratta di acquisire un'opera d'arte o una rappresentazione artistica unica o per motivi tecnici o per motivi attinenti alla tutela di diritti esclusivi inclusi quelli di proprietà intellettuale;

3. *estrema urgenza* derivante da eventi imprevedibili, non imputabili agli enti appaltanti, che rende incompatibile la tempistica di svolgimento delle procedure ordinarie. Tra tale eventi vengono esplicitamente menzionate le emergenze di protezione civile e la bonifica e messa in sicurezza dei siti contaminati.

**b)** Per i soli appalti di forniture, la procedura negoziata è ammessa nei seguenti casi (comma 3), analoghi a quelli previsti dalle norme vigenti:

1. acquisizione di prodotti fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, sperimentazione, studio e sviluppo;

2. forniture complementari a quelle oggetto di un precedente appalto – con contratti di durata di norma non superiore a tre anni - qualora il cambiamento del fornitore obblighi l'ente appaltante ad acquisire prodotti differenti da quelli originari con conseguenti difficoltà tecniche;

3. forniture quotate o acquistate sul mercato delle materie prime;

4. forniture da acquistare, a condizioni particolarmente vantaggiose, da un'azienda che ha cessato l'attività o che è sottoposta a procedura concorsuale.

**c)** Per i soli appalti di servizi (comma 4), quando l'affidamento faccia seguito a un concorso di progettazione e venga operato a favore del vincitore dello stesso (anche questa ipotesi è prevista nei medesimi termini dal D.lgs. 163).

**d)** Per gli appalti di lavori e servizi (comma 5), in caso di prestazioni analoghe affidate all'appaltatore originario. Questo affidamento diretto è consentito, esclusivamente nel triennio successivo alla stipulazione del contratto originario, a condizione che i lavori e servizi analoghi siano stati previsti nel progetto originario messo a base di gara e che il primo affidamento sia avvenuto a seguito di una procedura ordinaria. Anche in questo caso, la previsione è già contenuta nel D.lgs. 163, anche se solo con riferimento ai servizi.

In questa linea di sostanziale continuità con la disciplina vigente va evidenziato che viene invece meno l'ipotesi dei lavori e servizi complementari attualmente prevista dal D.lgs. 163.

Va infine ricordato che il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicità è consentito, a prescindere dall'esistenza delle condizioni sopra indicate, per l'affidamento dei lavori di importo fino a 1 milione di euro e dei servizi e delle forniture di importo inferiore alle rispettive soglie comunitarie (articolo 36). In sostanza per i contratti di importo più contenuto l'utilizzo di tale procedura costituisce una modalità di affidamento ordinaria, che prescinde cioè dalla sussistenza di specifiche circostanze.

## **Le modalità di svolgimento della procedura**

Il comma 6 indica le modalità di svolgimento della procedura negoziata senza pubblicità, che di norma si sostanziano nell'invito di almeno cinque operatori economici scelti sulla base delle informazioni desunte dal mercato in merito ai loro requisiti e nel rispetto dei principi generali di trasparenza, concorrenza e rotazione. È inoltre specificato che prima di procedere all'affidamento l'ente appaltante deve verificare che l'operatore prescelto abbia i requisiti di qualificazione previsti dalle norme per i contratti di uguale importo affidati con le procedure ordinarie.

Anche sotto questo profilo non vi sono novità sostanziali rispetto alla disciplina vigente, con l'unica differenza che il numero minimo degli operatori da invitare viene innalzato a cinque rispetto a tre ad oggi previsto.

### **La procedura competitiva con negoziazione: quando è possibile**

Indubbiamente più innovativa è l'altra tipologia di procedura, disciplinata all'articolo 62 del decreto di riforma, che si sostituisce all'attuale procedura negoziata con preventiva pubblicità.

Una delle ipotesi di utilizzo di tale procedura è infatti quella – che ad oggi consente il ricorso alla procedura negoziata senza preventiva pubblicità - in cui in una precedente gara sono state presentate solo offerte irregolari o inammissibili (articolo 59, comma 1, lettera b).

Rispetto alla normativa vigente, vengono peraltro fornite indicazioni più puntuali su quando le offerte devono essere considerate tali. Sono considerate irregolari le offerte che non risultano conformi a quanto indicato nei documenti di gara, anche se restano notevoli margini interpretativi in merito al concetto di non conformità (comma 3).

Le offerte sono invece da considerare inammissibili in relazione a una serie di ipotesi riferibili a circostanze molto diverse tra loro – non tutte agevolmente interpretabili - e non riconducibili a un denominatore comune.

Sono infatti considerate tali (comma 4):

O le offerte pervenute fuori termine;

O quelle che sono collegate a ipotesi di corruzione o di fenomeni collusivi per i quali sussistono gli estremi di informativa alla Procura della Repubblica;

O quelle che sono state dichiarate anormalmente basse; quelle che non hanno la qualificazione necessaria, espressione in realtà di difficile decifrazione posto che la qualificazione è nozione che si riferisce ai concorrenti e non alle offerte;

O quelle che recano un importo superiore alla base d'asta.

Rispetto alla disciplina vigente viene invece meno l'altra ipotesi (in realtà marginale) che oggi consente il ricorso alla procedura negoziata con preventiva pubblicità – anche se solo per gli appalti di lavori - e cioè i lavori realizzati al solo scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto, senza alcun margine di redditività.

Ma la nuova procedura è utilizzabile anche in un'altra serie di ipotesi che rappresentano indubbiamente la parte più innovativa della disciplina introdotta. Tali ipotesi, elencate al comma 2, lettera a) dell'articolo 59, sono le seguenti:

O impossibilità di soddisfare le esigenze dell'ente appaltante con soluzioni immediatamente disponibili, che quindi vanno adattate;

O necessità di individuare progettazioni o soluzioni innovative;

O appalti la cui natura, complessità, impostazione giuridica e finanziaria o rilevanza dei rischi connessi impongono una preventiva negoziazione;

O appalti le cui specifiche tecniche non possono essere definite con sufficiente precisione.

Come si vede, si tratta di ipotesi in cui l'ente appaltante non è in grado di definire in maniera puntuale e circostanziata l'oggetto delle prestazioni. In sostanza, sembra potersi affermare che l'ente appaltante ha ben chiare le proprie esigenze e nel contempo ha la possibilità di declinare le stesse in un oggetto del contratto definito ma solo in termini generali. Tuttavia, la puntuale individuazione di tale oggetto, in termini di specifiche prestazioni di cui si compone, necessita – proprio per le caratteristiche sopra elencate – di una fase di negoziazione con i potenziali appaltatori, volta proprio a definire nei dettagli i contenuti del contratto da affidare.

Sotto questo profilo la procedura in esame presenta molte analogie con il dialogo competitivo, già presente nel D.lgs. 163; e a testimonianza di ciò l'articolo 59, comma 2 del decreto di riforma prevede che le ipotesi sopra elencate che consentono di ricorrere alla procedura competitiva con negoziazione sono le stesse per le quali è ammesso l'utilizzo del dialogo competitivo. In altri termini, i due istituti hanno i medesimi presupposti di utilizzo, che vanno ricondotti a situazioni che rendono impossibile all'ente appaltante di svolgere una procedura di gara ordinaria, a causa della mancanza di una definizione dettagliata dell'oggetto dell'appalto, idonea ad essere rappresentata in termini compiuti nei documenti di gara.

Posto quindi che, nel ricorso delle circostanze indicate, la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo possono essere utilizzati alternativamente, occorre chiedersi quale sia la linea di discriminazione che deve guidare l'ente appaltante nella scelta della procedura da seguire tra le due possibili. Il punto di differenziazione tra le due procedure sembra essere costituito dal fatto che l'ente appaltante sia o meno in grado di identificare l'oggetto dell'appalto, sia pure con un livello di definizione non adeguatamente dettagliato e che non consente quindi di procedere al relativo affidamento.

Infatti, la procedura competitiva con negoziazione presuppone che tale oggetto sia individuabile nei suoi contenuti essenziali, posto che l'ente appaltante lo deve indicare nei documenti di gara e che la successiva fase di negoziazione è finalizzata unicamente a meglio determinarne tutti gli elementi. Al contrario, nel caso in cui l'ente appaltante sia in grado unicamente di indicare le proprie esigenze, senza tuttavia che le stesse possano prendere forma in un oggetto contrattuale, per quanto generico, dovrà necessariamente ricorrere al dialogo competitivo.

Da ciò anche le diverse modalità in cui si concretizza il contributo iniziale dei concorrenti: nel caso della procedura competitiva, essendovi un oggetto in qualche modo individuato, vi sarà un'offerta iniziale dei concorrenti, cui poi farà seguito l'offerta finale a valle della fase di negoziazione. Al contrario, nel dialogo competitivo – in mancanza dell'oggetto del contratto - tale offerta iniziale manca del tutto, essendovi solo l'offerta finale da formulare una volta che, attraverso il dialogo con i concorrenti, l'ente appaltante abbia appunto definito l'oggetto del contratto su cui formulare la stessa.

## **Le modalità di svolgimento della procedura**

La procedura (articolo 62) si avvia con la pubblicazione di un avviso di indizione della gara con cui l'ente appaltante indica l'oggetto dell'appalto, fornendo una descrizione delle esigenze cui deve assolvere e le caratteristiche delle prestazioni (commi 1 e 2); le indicazioni devono essere tali da permettere ai soggetti interessati di decidere se partecipare alla procedura (comma 3). Inoltre tale avviso deve individuare il criterio di aggiudicazione e i requisiti minimi richiesti ai concorrenti (comma 2).

Si può peraltro omettere la pubblicazione dell'avviso nell'ipotesi in cui la procedura faccia seguito a una precedente gara conclusa con sole offerte irregolari o inammissibili e siano invitati tutti i soggetti che vi hanno partecipato.

A seguito della pubblicazione dell'avviso i soggetti interessati possono presentare domanda di partecipazione entro il termine indicato nello stesso, che non può essere inferiore a trenta giorni dalla relativa trasmissione. Unicamente i soggetti invitati dall'ente appaltante possono presentare la loro offerta iniziale, entro il termine di trenta giorni dall'invio dell'invito (commi 5 e 6). Ai fini della selezione dei soggetti da invitare la norma opera un rinvio all'articolo 91, con la conseguenza che nell'avviso dovranno essere indicati i criteri oggettivi e non discriminatori, coerenti con il principio di proporzionalità, sulla base dei quali l'ente appaltante procederà alla scelta dei soggetti da invitare.

Sulla base delle offerte iniziali si avvia di norma la fase della negoziazione, che è quella che caratterizza questa tipologia di procedura. È tuttavia possibile che l'ente appaltante, dandone preventiva evidenza nell'avviso di gara, proceda all'aggiudicazione sulla base delle offerte iniziali, senza quindi avviare la fase della negoziazione (comma 8). Si tratta peraltro di una possibilità che, pur essendo consentita dalla norma, appare in palese contrasto con le caratteristiche di questo tipo di procedura e con le finalità che essa intende soddisfare.

La negoziazione può riguardare, oltre all'offerta iniziale, anche le offerte successivamente presentate, indice di un meccanismo che si basa su una formazione progressiva delle offerte stesse (comma 7)

La negoziazione deve svolgersi nel rispetto dei seguenti principi (commi 9, 10 e 11) :

- a) deve essere garantita la parità di trattamento a tutti gli offerenti, fornendo a tutti il medesimo livello di informazioni;
  - b) nel caso di esclusione di talune offerte, i concorrenti esclusi vengono informati delle modifiche apportate alle specifiche tecniche o ad altri documenti di gara ai fini di consentirgli di presentare una nuova offerta;
  - c) non possono essere divulgate informazioni riservate relative a ciascun concorrente, senza uno specifico accordo con lo stesso;
  - d) previa esplicita indicazione nell'avviso di gara, la negoziazione può svolgersi per fasi successive, al fine di ridurre progressivamente, secondo criteri anch'essi indicati nell'avviso, il numero degli operatori con cui negoziare.
- Una volta conclusa la negoziazione, l'ente appaltante lo rende noto a tutti i concorrenti e indica un termine ultimo entro cui gli stessi possono presentare le loro offerte finali, sulla base delle quali si procede all'aggiudicazione (comma 12).