

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI PARTHENOPE

Dipartimento di Giurisprudenza

CORSO DI STUDI in *MANAGEMENT PUBBLICO*

Diritto dei contratti e delle obbligazioni

mod. I

Prof.ssa Bianca Nicla Romano

A.A. 2023-2024

PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE

Le procedure di scelta del contraente

La Parte IV è dedicata alle Procedure di scelta del contraente, con gli artt. da 70 a 82.

Essa viene in gran parte imposta dal diritto unionale, che delinea gli specifici obblighi procedurali da ottemperare per addivenire alla scelta del contraente della stazione appaltante.

Il testo normativo:

- valorizza le esigenze di flessibilità nell'aggiudicazione, equiparando le varie procedure di scelta del contraente, salva l'eccezionalità della procedura negoziata senza previa pubblicazione;
- definisce l'ambito di applicazione della procedura competitiva con negoziazione e del dialogo competitivo mediante il chiarimento della portata precettiva di alcuni termini impiegati dal diritto unionale;

Le procedure di scelta del contraente

- introduce la categoria unitaria dell'inammissibilità delle offerte, in relazione agli atti difformi rispetto al paradigma regolatorio di riferimento e inadonei a raggiungere il proprio scopo tipico (con conseguente differenziazione del regime applicabile a seconda che l'offerta sia irregolare o inammissibile);
- stabilisce i termini per la ricezione delle offerte sul presupposto dell'impiego delle procedure telematiche come modalità ordinaria di svolgimento delle gare;
- consente di indire, nell'ambito della procedura del dialogo competitivo, dopo la fase di pre-qualificazione, una conferenza (sottoposta ad obbligo di verbalizzazione) con i candidati selezionati, per discutere alcuni profili dell'appalto in affidamento;

Le procedure di scelta del contraente

- in relazione alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando, ha introdotto la clausola di possibilità per l'indizione della gara informale, innovandone la disciplina anche attraverso la riduzione del numero delle imprese da invitare alla negoziazione e l'eliminazione del riferimento al principio di rotazione;
- sempre in relazione alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando ha operato un apposito (e facoltativo) collegamento tra tale istituto e le consultazioni preliminari di mercato, ai fini dell'adempimento dell'obbligo motivazionale.

Le procedure di scelta del contraente

In particolare, l'art. 70 prevede che le stazioni appaltanti utilizzino, per l'aggiudicazione di appalti pubblici, la procedura aperta, la procedura ristretta, la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo e il partenariato per l'innovazione.

Inoltre, che esse possano utilizzare la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara nei soli casi previsti dall'articolo 76.

Le procedure di scelta del contraente

Il comma 3 disciplina, attraverso le lettere a) e b), i casi in cui le stazioni appaltanti utilizzano la procedura competitiva con negoziazione o il dialogo competitivo. Segnatamente:

a) per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi in presenza di una o più delle seguenti condizioni:

1) quando le esigenze della stazione appaltante perseguite con l'appalto non possono essere soddisfatte con le altre procedure;

2) quando le esigenze della stazione appaltante implicano soluzioni o progetti innovativi;

Le procedure di scelta del contraente

3) quando l'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o a causa dei rischi a esso connessi;

4) quando le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dalla stazione appaltante con riferimento a una norma, una valutazione tecnica europea, una specifica tecnica comune o un riferimento tecnico ai sensi dei numeri da 2) a 5) della Parte I dell'allegato II.5.

Le procedure di scelta del contraente

b) per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi per i quali, in esito a una procedura aperta o ristretta, sono state presentate soltanto offerte inammissibili ai sensi del comma 4.

In tal caso la stazione appaltante non è tenuta a pubblicare un bando di gara, se ammette alla ulteriore procedura tutti, e soltanto, gli offerenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 94 a 105 che, nella procedura aperta o ristretta precedente, hanno presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di appalto.

Le procedure di scelta del contraente

Sono considerate inammissibili le offerte:

- a) non conformi ai documenti di gara;
- b) ricevute oltre i termini indicati nel bando o nell'invito con cui si indice la gara;
- c) in relazione alle quali vi sono prove di corruzione o collusione;
- d) considerate anormalmente basse;
- e) presentate da offerenti che non possiedono la qualificazione necessaria;
- f) il cui prezzo supera l'importo posto a base di gara, stabilito e documentato prima dell'avvio della procedura di appalto.

Le procedure di scelta del contraente

La norma prevede, al comma 5, che le stazioni appaltanti possono utilizzare il partenariato per l'innovazione quando l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato, a condizione che le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti.

Le procedure di scelta del contraente

Invece, al comma 6 è previsto che nelle procedure ristrette, nelle procedure competitive con negoziazione, nelle procedure di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione le stazioni appaltanti, applicando i criteri o le regole obiettive e non discriminatorie indicate nel bando di gara o nell'invito a confermare l'interesse, possono limitare il numero di candidati, che soddisfano i criteri di selezione, da invitare a presentare un'offerta, a negoziare o a partecipare al dialogo, nel rispetto del principio di concorrenza e del numero minimo di candidati da invitare indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare l'interesse.

Il suddetto numero minimo non può essere inferiore a **cinque** nelle procedure ristrette e a **tre** nelle altre procedure e la stazione appaltante non può ammettere alla stessa procedura altri operatori economici che non abbiano chiesto di partecipare o candidati che non abbiano le capacità richieste.

Le procedure di scelta del contraente

Nella procedura competitiva con negoziazione, nel dialogo competitivo e nel partenariato per l'innovazione, nel corso delle negoziazioni e durante il dialogo, le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento di tutti i partecipanti; non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati partecipanti rispetto ad altri; conformemente all'articolo 35, non rivelano le soluzioni proposte o altre informazioni riservate comunicate da un candidato o da un offerente partecipante alle negoziazioni o al dialogo, salvo espresso consenso di quest'ultimo e in relazione alle sole informazioni specifiche espressamente indicate.

Le procedure di scelta del contraente

Relativamente, poi, al partenariato per l'innovazione, le stazioni appaltanti definiscono nei documenti di gara il regime applicabile ai diritti di proprietà intellettuale e, in caso di partenariato con più operatori economici, non rivelano agli altri operatori economici, conformemente all'articolo 35, le soluzioni proposte o altre informazioni riservate comunicate da un operatore economico, nel quadro del partenariato, salvo espresso consenso di quest'ultimo e in relazione alle sole informazioni specifiche espressamente indicate.

Procedura aperta

La procedura aperta è quella in cui «qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara», come previsto dal comma 1 dell'art. 71.

Tale norma prevede che il termine minimo per la ricezione delle offerte è di **trenta giorni** dalla data di trasmissione del bando di gara ai sensi dell'articolo 84 (che disciplina la pubblicazione a livello europeo) e che le offerte sono accompagnate dalle informazioni richieste dalla stazione appaltante.

Quest'ultima può fissare un termine **non inferiore a quindici giorni** a decorrere dalla data di trasmissione del bando di gara ai sensi dell'articolo 84, se per ragioni di urgenza, specificamente motivate, il termine minimo stabilito dal comma 2 del presente articolo non può essere rispettato.

Procedura aperta

Nel caso in cui le stazioni appaltanti abbiano pubblicato un avviso di pre-informazione che non sia stato usato come mezzo di indizione di una gara, il termine minimo può essere ridotto a **quindici giorni** purché concorrano le seguenti condizioni:

- a) l'avviso di pre-informazione contenga tutte le informazioni richieste per il bando di gara di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera B, sezione B.1, sempreché queste siano disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso di pre-informazione;
- b) l'avviso di pre-informazione sia stato inviato alla pubblicazione da non meno di **trentacinque giorni** e non oltre **dodici mesi** prima della data di trasmissione del bando di gara;

Procedura aperta

Le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera B, sezione B.1, sono, tra le altre: nome, codice identificativo della gara, indirizzo comprensivo di codice NUTS, telefono, posta elettronica e indirizzo Internet della stazione appaltante e, se diverso, del servizio al quale rivolgersi per informazioni complementari. Ma anche il collegamento ipertestuale al quale i documenti di gara saranno disponibili per l'accesso gratuito, illimitato e diretto e, eventualmente, l'indicazione che la stazione appaltante è una centrale di committenza o che si tratta o può trattarsi di una qualsiasi altra forma di appalto congiunto; una breve descrizione dell'appalto; la data d'invio dell'avviso ed altre eventuali informazioni.

Procedura ristretta

La procedura ristretta, invece, ai sensi dell'art. 72, è quella in cui qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara contenente i dati di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera B o C a seconda del caso, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante.

Le suddette parti B o C si riferiscono, rispettivamente, alle informazioni che devono figurare negli avvisi di pre-informazione (art. 81, comma 1) e quelle che devono figurare negli avvisi e bandi di gara (art. 83).

Procedura ristretta

Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di *trenta giorni* dalla data di trasmissione del bando di gara ai sensi dell'articolo 84 o, se è utilizzato l'avviso di pre-informazione come mezzo di indizione di una gara, dalla data d'invio dell'invito a confermare il proprio interesse.

A seguito della valutazione da parte delle stazioni appaltanti delle informazioni fornite, soltanto gli operatori economici invitati possono presentare un'offerta. Il termine minimo per la ricezione delle offerte è di **trenta giorni** dalla data dell'invito a presentare offerte.

Procedura ristretta

Anche in questo caso, se le stazioni appaltanti hanno pubblicato l'avviso di pre-informazione non utilizzato per l'indizione di una gara, il termine minimo per la presentazione delle offerte può essere ridotto a **dieci giorni** purché concorrano le seguenti circostanze:

- a) l'avviso di pre-informazione contenga tutte le informazioni richieste nell'allegato II.6, Parte I, lettera B, sezione B.1, purché dette informazioni siano disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso di pre-informazione;
- b) l'avviso di pre-informazione sia stato trasmesso da non meno di **trentacinque giorni** e non oltre **dodici mesi** prima della data di trasmissione del bando di gara.

Procedura ristretta

Il termine per la ricezione delle offerte può essere stabilito dalle stazioni appaltanti di concerto con i candidati selezionati, purché questi ultimi dispongano di un termine identico per redigere e presentare le loro offerte. In mancanza di accordo, il termine non può essere inferiore a **dieci giorni** dalla data di invio dell'invito a presentare offerte.

Quando, per motivate ragioni di urgenza, è impossibile rispettare i termini minimi previsti dal presente articolo, la stazione appaltante può fissare:

a) per la ricezione delle domande di partecipazione, un termine non inferiore a **quindici giorni** dalla data di pubblicazione del bando di gara;

b) per la ricezione delle offerte, un termine non inferiore a **dieci giorni** a decorrere dalla data di invio dell'invito a presentare offerte.

Procedura competitiva con negoziazione

Nelle procedure competitive con negoziazione qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara contenente le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte I, lettere B o C, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante, ai sensi dell'art. 72, comma 1.

Nei documenti di gara le stazioni appaltanti individuano l'oggetto dell'appalto fornendo una descrizione delle loro esigenze, illustrando le caratteristiche richieste per le forniture, i lavori o i servizi da appaltare e specificando i criteri per l'aggiudicazione dell'appalto. Esse precisano altresì quali elementi della descrizione definiscono i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare.

Procedura competitiva con negoziazione

Le informazioni fornite consentono agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito dell'appalto e decidere se partecipare alla procedura.

Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di **dieci giorni** dalla data di trasmissione del bando di gara ai sensi dell'articolo 84 o, se è utilizzato come mezzo di indizione di una gara un avviso di pre-informazione, dalla data d'invio dell'invito a confermare il proprio interesse.

Va evidenziato che tale ultimo comma, il 4, è stato modificato successivamente alla sua iniziale formulazione, dall'art. 15-*quater*, comma 1, lettera b), del d.l. 132/2023, conv. dalla l. del 27.11.23 n.170 che ha portato a «**trenta giorni**» il termine di «**dieci giorni**» .

Procedura competitiva con negoziazione

Il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di **venticinque giorni** dalla data di trasmissione dell'invito.

Solo gli operatori economici invitati dalla stazione appaltante, in seguito alla valutazione delle informazioni fornite, possono presentare un'offerta iniziale.

Salvo quanto previsto dal comma 9, ovvero che le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti sulla base delle offerte iniziali senza negoziazione qualora abbiano indicato, nel bando di gara o nell'invito a confermare l'interesse, che si riservano tale possibilità, l'offerta iniziale e quelle successive, esclusa l'offerta finale, possono essere negoziate per migliorarne il contenuto, salvo che per gli aspetti relativi ai requisiti minimi e ai criteri di aggiudicazione.

Dialogo competitivo

Nel dialogo competitivo, come previsto dall'art. 74, qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare in risposta a un bando di gara, o a un avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante.

Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di **trenta giorni** dalla data di trasmissione del bando di gara ai sensi dell'articolo 84.

Le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara o nell'avviso di indizione di gara o in un documento descrittivo allegato le esigenze che intendono perseguire, i requisiti da soddisfare, il criterio di aggiudicazione, la durata indicativa della procedura nonché eventuali premi o pagamenti per i partecipanti al dialogo.

Dialogo competitivo

L'appalto è, poi, aggiudicato unicamente sulla base del criterio dell'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo conformemente all'articolo 108.

Prima dell'avvio del dialogo le stazioni appaltanti possono organizzare una consultazione con gli operatori economici selezionati sulla base della documentazione posta a base di gara e sulle modalità di svolgimento del dialogo.

Nei **trenta giorni** successivi alla conclusione della consultazione i partecipanti selezionati possono recedere dal dialogo.

Dialogo competitivo

Il dialogo competitivo riguarda tutti gli aspetti dell'appalto ed è finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le necessità della stazione appaltante.

Ove previsto nel bando di gara o nel documento descrittivo e in applicazione del criterio di aggiudicazione ivi previsto, il dialogo competitivo può svolgersi in fasi successive per ridurre il numero di soluzioni emerse durante la fase del dialogo.

Esso prosegue finché la stazione appaltante non individua la soluzione o le soluzioni idonee a soddisfare le proprie esigenze. Dichiarato concluso il dialogo e informati i partecipanti rimanenti, la stazione appaltante invita ciascuno di loro a presentare l'offerta finale sulla base della soluzione o delle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo.

Dialogo competitivo

L'offerta contiene tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto, fermi restando, su richiesta della stazione appaltante, eventuali successivi chiarimenti, precisazioni e perfezionamenti che, però, non possono avere l'effetto di modificare gli aspetti essenziali dell'offerta o dell'appalto, compresi i requisiti e le esigenze indicati nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo, qualora le variazioni rischino di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio.

Dialogo competitivo

Le stazioni appaltanti valutano le offerte ricevute sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo.

La stazione appaltante può condurre ulteriori negoziazioni con l'operatore economico che risulta aver presentato l'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo per confermare gli impegni finanziari o altri contenuti dell'offerta attraverso il completamento delle clausole del contratto, a condizione che da ciò non consegua la modifica sostanziale di elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto pubblico, comprese le esigenze e i requisiti definiti nel bando di gara o nel documento descrittivo, e che non si rischi di falsare la concorrenza o creare discriminazioni.

Partenariato per l'innovazione

L'art. 75 disciplina il partenariato per l'innovazione che è una particolare procedura di appalto pubblico, ovvero uno strumento funzionale all'acquisto di forniture, servizi o lavori, che siano il frutto dello sviluppo di prodotti innovativi, ottenuti attraverso l'affinamento di quanto già esistente sul mercato e in grado di soddisfare i livelli di prestazione e rispettare i costi massimi previsti dall'amministrazione d'accordo con l'aggiudicatario privato.

La norma *de qua* prevede che, dunque, quando la stazione appaltante abbia esigenza di prodotti, servizi o lavori innovativi che non può essere soddisfatta con quelli disponibili sul mercato, la indica nei documenti di gara insieme agli elementi dei prodotti, servizi o lavori innovativi di cui ha bisogno.

Tali informazioni devono essere sufficientemente precise per permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito della soluzione richiesta e decidere se partecipare alla procedura.

Partenariato per l'innovazione

Qualsiasi operatore economico può formulare una domanda di partecipazione in risposta a un bando di gara o a un avviso di indizione di gara, fornendo gli elementi richiesti dalla stazione appaltante.

La stazione appaltante può decidere di instaurare la procedura del partenariato per l'innovazione con uno o più operatori economici che conducono attività di ricerca e sviluppo separate.

Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di **trenta giorni** dalla data di trasmissione del bando di gara ai sensi dell'articolo 84.

Gli appalti sono aggiudicati unicamente sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo ai sensi dell'articolo 108.

Partenariato per l'innovazione

Solo gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti in seguito alla valutazione delle informazioni richieste possono presentare progetti di ricerca e di innovazione.

Sono previste fasi successive secondo la sequenza del processo di ricerca e di innovazione, che può comprendere la fabbricazione dei prodotti o la prestazione dei servizi o la realizzazione dei lavori, il cui valore stimato non deve essere sproporzionato rispetto all'investimento richiesto per il loro sviluppo.

In particolare, la durata e il valore delle varie fasi riflettono il grado di innovazione della soluzione proposta e la sequenza di attività di ricerca e di innovazione necessarie per lo sviluppo di una soluzione innovativa non ancora disponibile sul mercato.

Partenariato per l'innovazione

Il partenariato per l'innovazione fissa obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere e prevede il pagamento della remunerazione mediante rate congrue.

Sulla base degli obiettivi intermedi e del loro effettivo conseguimento, la stazione appaltante può decidere, dopo ogni fase, di risolvere il partenariato per l'innovazione o, nel caso di un partenariato con più operatori, di ridurre il numero degli operatori risolvendo singoli contratti, a condizione che essa abbia indicato nei documenti di gara tali possibilità e le condizioni per avvalersene.

Partenariato per l'innovazione

L'offerta iniziale e quelle successive, esclusa l'offerta finale, possono essere negoziate per migliorarne il contenuto, salvo che per gli aspetti relativi ai requisiti minimi e ai criteri di aggiudicazione.

Se il bando di gara lo prevede, nell'invito a confermare l'interesse o in altro documento di gara e in applicazione del criterio di aggiudicazione ivi previsto, le negoziazioni nel corso della procedura possono svolgersi in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare.

La stazione appaltante informa per iscritto tutti gli offerenti le cui offerte non sono state escluse delle modifiche alle specifiche tecniche o ad altri documenti di gara diversi da quelli che stabiliscono i requisiti minimi; concede agli offerenti un tempo sufficiente per modificare e ripresentare, ove opportuno, le offerte modificate.

Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando

Complessa è, infine, la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando disciplinata dall'art. 76.

Possono essere aggiudicati appalti pubblici secondo tale modalità da parte delle stazioni appaltanti solo quando ne ricorrono i presupposti e dandone motivatamente conto nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano. Vanno, ovviamente, rispettati i principi di cui agli artt. 1, 2 e 3 del Codice.

A tali fini le stazioni appaltanti tengono conto degli esiti delle consultazioni di mercato eventualmente eseguite, rivolte anche ad analizzare i mercati europei oppure, se del caso, extraeuropei.

Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando

Il comma 2 della norma in questione prevede che i casi specifici si verificano:

a) quando non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione europea, su richiesta di quest'ultima; 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 o non soddisfa i requisiti stabiliti dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 100;

Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando

b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti 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) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale;

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

Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando

Inoltre, ai sensi del comma 4, è consentita:

Nel caso di appalti pubblici di forniture la procedura di cui al presente articolo è inoltre consentita nei casi seguenti:

a) quando i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo, salvo che si tratti di produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo;

Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando

- b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, quando il cambiamento di fornitore obblighi la stazione appaltante ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i **tre anni**;
- c) per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime;
- d) per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dagli organi delle procedure concorsuali.

Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando

Inoltre, la procedura è consentita:

- negli appalti pubblici relativi ai servizi quando l'appalto faccia seguito a un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso. In quest'ultimo caso, tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati;
- per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime stazioni appaltanti, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi al progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di tipo aperto.

Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando

Il progetto a base di gara indica l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati e la possibilità di avvalersi di tale procedura è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione.

L'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è computato per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie di cui all'articolo 14, comma 1.

Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla stipulazione del contratto d'appalto iniziale.

Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando

Ove possibile, le stazioni appaltanti individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza, selezionando almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei.

La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 108, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione.

Lo svolgimento delle procedure

Tale fase è contenuta nella Parte IV del Libro II, suddivisa in cinque Titoli dedicati a:

Titolo I - Gli atti preparatori;

Titolo II - I bandi, gli avvisi e gli inviti;

Titolo III - La documentazione dell'offerente e i termini per la presentazione di domande e offerte;

Titolo IV - I requisiti di partecipazione e la selezione dei partecipanti;

Titolo V - La selezione delle offerte.

Lo svolgimento delle procedure

Nell'ambito degli atti preparatori sono previsti: consultazioni preliminari di mercato, partecipazione alle consultazioni preliminari di candidati o offerenti; specifiche tecniche; etichettature; avvisi di pre-informazione e documenti di gara.

Rispetto alle previsioni del vecchio Codice, sono state accorpate disposizioni ridondanti o prive di particolare autonomo rilievo nello specifico contesto in cui sono inserite (una endiadi quale "offerta inammissibile o esclusa" comporta, ai fini di interesse, un appesantimento espressivo senza in verità segnalare differenti effetti; neppure sembra utile precisare che le discriminazioni possono essere "dirette o indirette", aspetto che resta certamente ricavabile dai principi generali).

Dal punto di vista sistematico, per meglio disegnare il dipanarsi delle procedure, l'unica sezione "bandi e avvisi" prevista dal decreto legislativo n. 50 del 2016 è stata suddivisa in un "titolo I" relativo agli "atti preparatori", comprendente gli articoli da 77 a 82, e un "titolo II" relativo a "I bandi, gli avvisi e gli inviti", che contempla gli articoli da 83 a 90.

Consultazioni di mercato

Segnatamente, le **consultazioni di mercato** (art. 77) possono essere svolte dalle stazioni appaltanti per predisporre gli atti di gara, ivi compresa la scelta delle procedure di gara, e per informare gli operatori economici degli appalti da esse programmati e dei relativi requisiti richiesti.

A tali fini, esse, dunque, possono acquisire informazioni, consulenze, relazioni e ogni altra documentazione idonea, anche di natura tecnica, da parte di esperti, operatori di mercato, autorità indipendenti o altri soggetti idonei.

Tale documentazione può essere utilizzata anche nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbia l'effetto di falsare la concorrenza e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza.

Partecipazione alle consultazioni preliminari di candidati o offerenti

Ai sensi dell'art. 78, qualora un candidato o un offerente o un'impresa collegata a un candidato o a un offerente abbia fornito la documentazione ovvero le informazioni, i dati e le notizie per le consultazioni preliminari, o abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, la stazione appaltante adotta misure adeguate per garantire la trasparenza e che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente stesso.

La comunicazione agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel corso delle consultazioni preliminari, nonché la fissazione di termini adeguati per la ricezione delle offerte costituiscono la minima misura adeguata.

Partecipazione alle consultazioni preliminari di candidati o offerenti

Qualora non sia possibile garantire il rispetto del principio della parità di trattamento, la stazione appaltante invita il candidato o l'offerente interessato a fornire, entro un termine comunque non superiore a **dieci giorni**, ogni elemento idoneo a provare che la sua partecipazione alla preparazione e alla scelta della procedura di aggiudicazione dell'appalto non costituisce causa di alterazione della concorrenza. Se la stazione appaltante non ritiene adeguate le giustificazioni fornite, il candidato o l'offerente interessato è escluso dalla procedura.

Le misure adottate dalla stazione appaltante sono indicate nella relazione unica prevista dall'articolo 112.

Specifiche tecniche

Le specifiche tecniche, ai sensi dell'art. 79, sono definite e disciplinate dall'allegato II.5, ai sensi del quale esse sono inserite nei documenti di gara e definiscono le caratteristiche previste per i lavori, i servizi o le forniture da riferirsi al processo o metodo di produzione o prestazione dei lavori, delle forniture o dei servizi richiesti, o a uno specifico processo per un'altra fase del loro ciclo di vita anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale, purché siano collegati all'oggetto dell'appalto e proporzionati al suo valore e ai suoi obiettivi.

Specifiche tecniche

Possono indicare se è richiesto il trasferimento dei diritti di proprietà intellettuale e per tutti gli appalti destinati all'uso da parte di persone fisiche, salvo in casi debitamente giustificati, sono elaborate in modo da tenere conto dei criteri di accessibilità per le persone con disabilità o di progettazione adeguata per tutti gli utenti.

Consentono pari accesso degli operatori economici e non devono comportare ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza.

Specifiche tecniche

Salvo che siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti.

Tale menzione o riferimento sono tuttavia consentiti, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile secondo quanto prevede la norma, per cui, in tali casi, la menzione o il riferimento sono accompagnati dall'espressione «o equivalente».

Specifiche tecniche

L'offerente dimostra, nella propria offerta, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 105 del codice, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente alle prestazioni, ai requisiti funzionali e alle specifiche tecniche prescritti.

Etichettature

Anche le etichettature sono disciplinate dall'all. II.5 così come previsto dall'art. 80.

Si tratta di strumenti grazie ai quali le stazioni appaltanti possono dimostrare che i lavori, i servizi o le forniture che intendono acquistare corrispondono alle caratteristiche ambientali, sociali o di altro tipo, richieste.

In tali casi, esse possono imporre nelle specifiche tecniche, nei criteri di aggiudicazione o nelle condizioni relative all'esecuzione dell'appalto, un'etichettatura specifica come mezzo di prova.

Avvisi di pre-informazione

Ai sensi dell'art. 81 le stazioni appaltanti rendono nota entro il 31 dicembre di ogni anno l'intenzione di bandire per l'anno successivo appalti, pubblicando sul proprio sito istituzionale un avviso di pre-informazione.

Per gli appalti di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 14, l'avviso di pre-informazione è pubblicato dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea o dalla stazione appaltante sul proprio sito istituzionale. In quest'ultimo caso le stazioni appaltanti comunicano l'avviso di pre-informazione all'ANAC che, tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, cura l'invio al suddetto Ufficio di un avviso relativo alla pubblicazione sul sito istituzionale della stazione appaltante contenente le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera A.

Avvisi di pre-informazione

L'avviso deve contenere le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera B, sezione B.1, ovvero, *ex multis*:

Il nome, il numero di identificazione, ove previsto, indirizzo comprensivo di codice NUTS (e cioè la nomenclatura delle unità territoriali statistiche dell'Italia), telefono, fax, posta elettronica e indirizzo Internet della stazione appaltante e, se diverso, del servizio al quale rivolgersi per informazioni complementari.

Il tipo di amministrazione appaltante con la sua principale attività esercitata e se la stazione appaltante è una centrale di committenza.

Avvisi di pre-informazione

L'avviso deve contenere le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera B, sezione B.1, ovvero, *ex multis*:

Il nome, il numero di identificazione, ove previsto, indirizzo comprensivo di codice NUTS (e cioè la nomenclatura delle unità territoriali statistiche dell'Italia), telefono, fax, posta elettronica e indirizzo Internet della stazione appaltante e, se diverso, del servizio al quale rivolgersi per informazioni complementari.

Il tipo di amministrazione appaltante con la sua principale attività esercitata e se la stazione appaltante è una centrale di committenza.

Avvisi di pre-informazione

Per le procedure ristrette e le procedure competitive con negoziazione, le stazioni appaltanti sub-centrali possono utilizzare un avviso di pre-informazione come indizione di gara, purché l'avviso si riferisca specificatamente alle forniture, ai lavori o ai servizi che saranno oggetto dell'appalto da aggiudicare; indichi che l'appalto sarà aggiudicato mediante una procedura ristretta o una procedura competitiva con negoziazione senza ulteriore pubblicazione di un avviso di indizione di gara e inviti gli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse; contenga tutte le necessarie informazioni.

Avvisi di pre-informazione

Deve essere inviato alla pubblicazione non meno di **trentacinque giorni** e non oltre **dodici mesi** prima della data di invio dell'invito a confermare l'interesse.

L'avviso è pubblicato sul sito istituzionale della stazione appaltante quale pubblicazione supplementare a livello nazionale ed il periodo da esso coperto non può superare il termine di **dodici mesi** dalla data di trasmissione dell'avviso per la pubblicazione.

Documenti di gara

Infine, l'art. 82 prevede quali siano i documenti di gara, e cioè:

- a) il bando, l'avviso di gara o la lettera d'invito;
- b) il disciplinare di gara;
- c) il capitolato speciale;
- d) le condizioni contrattuali proposte.

In caso di contrasto o contraddittorietà tra le disposizioni contenute nei documenti di cui al comma 1 prevalgono quelle inserite nel bando o nell'avviso di gara.