

PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PUBBLICAZIONE DI UN BANDO: AFFIDAMENTO INFUNGIBILE O “DIPENDENZA” DAL FORNITORE?

di Francesca Rosati

Data di pubblicazione: 11-4-2025

Quanto margine di errore c'è nella considerazione di infungibilità di un bene o servizio da parte della stazione appaltante? E quanto è determinante il comportamento della stazione appaltante ai fini dell'individuazione di infungibilità del bene o servizio -anche se infungibile non è- perché così ha dichiarato il fornitore, con il quale si è instaurato un rapporto inconsapevole di dipendenza, che non si può sciogliere se non sopportando costi ulteriori? Il punto di partenza per limitare i “danni” è comprendere che non basta l'esclusività del bene, ma occorre verificarne oggettivamente la sua infungibilità. Il fornitore deve essere l'unico a disporre del *know-how* necessario per eseguire la prestazione, senza che alcuna valutazione sull'equivalenza funzionale tra il bene “nuovo” e quello “in uso”, possa smentirne tale unicità.

Sommario: 1. Dalla trattativa privata alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando: cento anni dopo. - 2. I casi “tassativi” della procedura negoziata senza pubblicazione del bando. - 3. Tra l'inconfondibile *sound* di un'orchestra e il possesso di un brevetto, oscilla la deroga all'obbligo di procedura competitiva. - 4. Linee Guida ANAC n. 8/2017: quando ricorre l'infungibilità? Le difficoltà applicative causate dal cd. rischio del *lock-in*. - 5. Strumenti utili per accertare l'infungibilità del bene: consultazioni preliminari di mercato e programmazione dei fabbisogni. A monte è sempre prescritto un incisivo obbligo di motivazione. - 6. L'inapplicabilità del reato di turbata libertà degli incanti alla procedura negoziata senza bando. - 7. Cenni applicativi dell'istituto nei settori speciali e nelle concessioni. -

1. Dalla trattativa privata alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando: cento anni dopo

La **trattativa privata**, disciplinata per la prima volta un secolo fa, dalla Legge generale di contabilità dello Stato, R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 e, in sua esecuzione, dal Regolamento di Contabilità del 1924 (il R.D. 23 maggio 1924, n. 827), costituisce, per alcuni[1], l'**antesignana della procedura negoziata senza pubblicazione di un bando**, di cui all'art. 76 del vigente Codice dei contratti pubblici, D. lgs. 31 marzo 2023 n. 36[2].

L'istituto della trattativa privata è nato come un sistema di **scelta del contraente privato a carattere “eccezionale”**, cui ricorrere, data la libertà di forme e l'ampia discrezionalità riconosciuta all'amministrazione stazione appaltante, solo in presenza di speciali ed

eccezionali circostanze, che non consentissero di seguire utilmente le ordinarie forme contrattuali del pubblico incanto, licitazione privata o di appalto concorso[3].

È nell'**art. 41 del R.D. n. 827/1924** che, in attuazione del principio enunciato dalla Legge generale di contabilità n. 2440/1923, si rinviene il **primo elenco di ipotesi idonee a giustificare la stipula di contratti a trattativa privata**, ossia in caso di: diserzione delle aste e delle licitazioni; privativa industriale; assenza di concorrenza per motivi tecnici; urgenza di provvedere e più in generale, speciali ed eccezionali circostanze.

Peraltro, alla "eccezionalità" normativa della trattativa privata ha corrisposto, in fatto, una **notevole diffusione della stessa nella prassi**, tanto che si è parlato di "**fuga dalle gare**"[4]. La stessa legislazione speciale in materia di appalti, d'altro canto, ha seguito un andamento non sempre lineare, specialmente in materia di lavori pubblici, ove si sono registrate, dapprima, numerose disposizioni speciali volte ad ampliare i casi di ricorso alla trattativa privata[5], anche per far fronte a calamità naturali o a situazioni temporanee eccezionali[6], per poi ribadirsi l'assoluta eccezionalità dell'istituto con la legge quadro in materia di lavori pubblici, 11 febbraio 1994 n. 109.

La **cd. Legge Merloni**, infatti, all'**art. 24** ha disciplinato la trattativa privata in **termini persino più restrittivi rispetto al diritto comunitario**[7], ammettendola in un numero ristretto di ipotesi e previo espletamento, per la maggior parte dei casi, di una gara informale con almeno quindici concorrenti[8].

Quanto alle **forniture e ai servizi**, la disciplina della trattativa privata è stata rispettivamente contenuta nel **D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358 (art. 9)** e nel **D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157 (art. 7)** che, allo stesso modo, ne hanno disciplinato l'operatività, in deroga ai pubblici incanti, al verificarsi di determinati e tassativi presupposti.

L'**eccezionalità** dell'istituto è stata poi di nuovo **messa in discussione**, dal **D.Lgs. n. 17 marzo 1995 n. 158**, con riferimento agli **appalti di lavori, servizi e forniture nei settori speciali**, ove la trattativa privata è stata considerata un **sistema ordinario e non eccezionale di scelta del contraente**, nonché dalle **edizioni successive della Merloni (ter e quater)**[9] che hanno comportato un **allargamento dell'ambito di operatività dell'istituto**.

Con le **direttive euro-unitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE**, recepite con il primo codice dei contratti pubblici[10], la trattativa privata ha cambiato denominazione e ha assunto quella di "**procedura negoziata con o senza bando**".

Conformemente a quanto previsto rispettivamente dagli **artt. 30 e 31** della **direttiva comunitaria 2004/18/CE**, infatti, il codice dei contratti pubblici (**D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163**) ha definito la procedura negoziata (**art. 3, comma 40**) quale **modulo procedimentale in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto**, e quindi ha introdotto gli istituti della **procedura negoziata previa pubblicazione del bando (art. 56)** e della **procedura negoziata senza bando (art. 57)**.

Nel primo caso, la procedura è soggetta a pubblicità, a termini di presentazione dell'offerta nonché a criteri di selezione dell'offerta stessa; nel secondo caso la procedura non è assoggettata a specifiche regole procedurali, seppure è svolta nell'ambito di una minimale disciplina che richiede, ove possibile, la selezione di almeno tre operatori economici e *“il rispetto di una serie di principi da osservare, l'applicazione dei quali consente, comunque, l'esercizio di un potere ampiamente discrezionale in ordine alla scelta degli operatori da invitare alla negoziazione”*[\[11\]](#).

Con l'introduzione dei due distinti istituti, si addivene ad una procedimentalizzazione normativa della trattativa privata, ossia ad una distinzione, che la prassi già conosceva[\[12\]](#), tra **“trattativa privata pura”** e **“trattativa procedimentalizzata”**[\[13\]](#).

Nella **procedura negoziata, ex art. 56, cit.**, l'amministrazione consulta le imprese di propria scelta e negozia con una o più di esse i termini del contratto. A tale procedura è consentito far ricorso **quando una precedente gara aperta o ristretta, o un dialogo competitivo, ha avuto esito negativo**, e in tal caso l'amministrazione emana un **apposito bando, al fine di negoziare con gli offerenti scelti, le offerte presentate e all'esito individuare l'offerta migliore**; tale procedimento è dunque pur sempre una procedura concorsuale, preceduta, in ogni caso, da un bando di gara.

La **procedura negoziata senza bando**, del successivo **art. 57, cit.**, invece, è la **“trattativa privata pura, qual è sempre stata intesa nel diritto italiano, fin dall'impostazione dell'ordinamento gius-contabile, ossia la contrattazione diretta, senza gara, tra una pubblica amministrazione e un privato”**[\[14\]](#); una **procedura eccezionale, subordinata ad un espresso obbligo di motivazione sulle ragioni tassative** che danno vita alla procedura medesima.

Tale **impostazione** è stata **sostanzialmente confermata a livello europeo**, dalla **direttiva 2014/24/UE** e, a **livello nazionale**, dal **codice degli appalti pubblici D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50**, prima, e dall'attuale codice degli appalti **D.Lgs. 31 marzo 2023 n. 36**, ora, che, non a caso, colloca la procedura negoziata senza bando all'art. 76 del codice, successivamente agli articoli regolanti le procedure di gara pubbliche, al fine di segnalare l'eccezionalità della procedura[\[15\]](#).

2. I casi “tassativi” della procedura negoziata senza pubblicazione del bando

La procedura negoziata senza pubblicazione del bando è una modalità di selezione dei contraenti che, a prescindere che si tratti di procedure sopra o sotto soglia, consente l'affidamento senza l'esperimento di una gara; il ricorso all'istituto pertanto, stante la natura eccezionale e derogatoria rispetto alle ordinarie procedure ad evidenza pubblica che costituiscono presidio dei principi comunitari di massima trasparenza e concorrenzialità, è ammesso in presenza di specifici presupposti giustificativi, non suscettibili di interpretazione estensiva[\[16\]](#).

Sul punto, la **disciplina contenuta nel nuovo codice degli appalti pubblici**, all'art. 76, non

ha apportato modifiche, riproponendo le **medesime fattispecie contenute nell'art. 63 del D.Lgs. n 50/2016 e ss.mm.ii.**

L'art. 76, comma 2, cit. delinea una prima rosa di situazioni, atte a legittimare il ricorso alla procedura, che vale per tutti gli appalti di lavori, servizi o forniture.

La prima ipotesi contemplata dal richiamato **comma 2 (lett. a)**, è quella dell'**esperimento senza esito di procedure aperte o ristrette.**

Il caso attiene sia all'eventualità che, nel corso delle procedure esperite invano, siano del tutto mancate domande di partecipazione oppure offerte sia all'eventualità che siano state presentate domande oppure offerte inappropriate. L'offerta si intende inappropriata se non pertinente all'appalto e, quindi, salvo modifiche sostanziali, inadeguata rispetto alle esigenze della stazione appaltante e ai requisiti previsti nei documenti di gara.

Secondo la medesima norma, anche la domanda di partecipazione è a sua volta inappropriata se l'operatore economico viene escluso ai sensi degli artt. 94, 95, 96, 97 e 98 del Codice nonché ove non soddisfa i requisiti stabiliti dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 100 del medesimo Codice^[17].

La procedura negoziata esperita sul presupposto dell'inutile indizione di procedure aperte o ristrette, presuppone dunque tre condizioni: l'assenza di offerte o offerte inappropriate^[18] nell'ambito di una precedente procedura di appalto che l'amministrazione ha chiuso sulla base di tale rilievo; la previsione delle medesime condizioni sostanziali dell'appalto come riportate nel bando di gara precedentemente pubblicato invano; la trasmissione di apposita relazione sulla situazione alla Commissione europea, se richiesta.^[19]

Dal tenore della disciplina emerge, dunque, che **la deroga al principio di pubblicità e concorrenza si giustifica in quanto è già stata esperita una procedura ad evidenza pubblica, con esito fallimentare, pertanto la procedura è ammessa, in ottica di efficienza, al fine di evitare ulteriore dispendio di risorse.** Al contempo, però, in chiave antielusiva, è **essenziale che le caratteristiche sostanziali dell'appalto non mutino**^[20].

La seconda classe di ipotesi regolata dal comma 2, dell'art. 76, alla **lett. b)**, orbita attorno al tema dell'**assenza di una pluralità di operatori in grado di offrire ciò di cui la stazione appaltante necessita.**

La disposizione più precisamente contempla situazioni in cui: 1) l'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica; 2) la concorrenza non è possibile per motivi tecnici; 3) si pone un'esigenza di tutela di diritti esclusivi, compreso il diritto di proprietà intellettuale.

Le eccezioni previsti dai nn. 2) e 3), si applicano solo quando non esistono altri operatori economici concorrenti o soluzioni ragionevoli alternative e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto (art. 76, comma 3).

Presupposto di applicabilità della suddetta fattispecie, dunque, è rappresentato dal **necessario e preventivo accertamento dell'effettiva infungibilità dell'opera, della fornitura o del servizio**, dovendo per tale intendersi la **rigorosa verifica dell'impossibilità di ricorrere ad altri operatori o a soluzioni alternative sul mercato di riferimento**.

Sul punto, si vedrà nei successivi paragrafi come sia l'ANAC con le Linee Guida n. 8, approvate dal Consiglio dell'Autorità nell'Adunanza del 13 settembre 2017 con Delibera n. 950, sia il giudice amministrativo hanno fornito letture e indicazioni operative tese a chiarire, tra l'altro, non solo la *ratio* e l'ambito applicativo del ricorso a queste peculiari procedure negoziate, ma anche le specifiche modalità da seguire, in concreto, per l'accertamento dell'effettiva infungibilità di un'opera, un bene o servizio.

La **lettera c)** del comma 2 dell'art. 76 del Codice contempla, infine, il **caso dell'urgenza**.

La disposizione più precisamente consente l'affidamento senza gara: a) in presenza di ragione di *estrema urgenza* derivante da **eventi non prevedibili dalla stazione appaltante**, b) nella **misura strettamente necessaria**[\[21\]](#); c) qualora **i termini per il ricorso a procedure aperte, ristrette o competitive con negoziazione non possano essere rispettati**.

In linea con orientamenti consolidati, la norma ha cura di precisare che **le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alla stazione appaltante**[\[22\]](#), in tal senso la deroga è ammessa *“solo nel caso di assoluta impossibilità di rispettare i termini per le procedure aperte o ristrette, o competitive con negoziazione, tale da determinare l'inesistenza di un'alternativa”*.[\[23\]](#)

La disposizione interna non ha reiterato le previsioni di cui al D.L. n. 76 del 2020 (convertito dalla legge n. 120 del 2020) e del D.L. n. 77 del 2021 (convertito dalla legge n. 108 del 2021)[\[24\]](#) poiché *“determinate da ragioni contingenti riferite all'emergenza pandemica da Covid-19 o all'attuazione del P.N.R.R. difficilmente stabilizzabili in un testo di portata generale di durata tendenzialmente indeterminata. Non è pertanto risultato opportuno intervenire sul testo normativo, attraverso ulteriori specificazioni, che, oltre ad essere parziali (riguardando soltanto alcuni eventi imprevedibili), avrebbero potuto essere intese come estensione della portata applicativa dell'istituto al di fuori dei limiti di utilizzo definiti dal diritto unionale”* [\[25\]](#).

A differenza dei **commi 2 e 3** dell'art. 76 del Codice, che contemplano **ipotesi trasversali di ricorso alla procedura negoziata senza bando**, i commi 4 e seguenti della norma proseguono con una disciplina differenziata e asimmetrica, secondo l'oggetto contrattuale.

In particolare, il **comma 4** dell'art. 76 contempla **ulteriori quattro possibilità di esenzione dell'obbligo di gara**. Le prime tre interessano gli appalti di forniture, la quarta anche i servizi.

La **lettera a)** del comma 4 contempla il caso di **acquisto di beni fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, sperimentazione, studio e sviluppo, dunque in assenza di finalità lucrative**[\[26\]](#).

La **lettera b)** del medesimo comma concerne il caso di consegne complementari destinate al

rinnovo parziale di forniture o impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti[27]. Il ricorso alla procedura negoziata senza bando è qui consentito ove si possa dimostrare che il cambiamento del fornitore costringerebbe l'amministrazione ad acquistare beni con caratteristiche tecniche differenti, ovvero beni il cui utilizzo o la cui manutenzione incorrerebbero in difficoltà tecniche sproporzionate, e in ogni caso la durata dei relativi contratti non può superare il triennio[28].

La **lettera c)** del comma 4, contempla **forniture quotate e acquisti sul mercato delle materie prime, ove l'utilità della gara viene superata dal riferimento obbligato a listini vincolati.**

La **lettera d)**, stabilisce, infine, che le amministrazioni possono avvalersi della procedura senza bando per **l'acquisto a condizioni particolarmente vantaggiose di forniture o di servizi da un operatore in procinto di cessare definitivamente l'attività ovvero dagli organi delle procedure concorsuali.**

Il **comma 5** dell'art. 76 consente l'uso della procedura negoziata per attribuire appalti di servizi che facciano seguito ad un concorso di progettazione, sempre che la disciplina di quest'ultimo, abbia previsto l'affidamento al vincitore o ai vincitori del concorso[29].

Il **comma 6** dell'art. 76 autorizza, infine, la negoziazione senza bando quando si tratti di **assegnare nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi.**

Il presupposto per il ricorso alla presente procedura è l'aggiudicazione dell'appalto iniziale dalla stessa stazione appaltante, in virtù di una procedura ordinaria, il cui progetto a base di gara abbia sin dal principio stabilito tanto l'entità degli eventuali lavori o servizi complementari quanto le condizioni della relativa attribuzione. **I nuovi affidamenti devono risultare conformi al progetto e la disciplina iniziale di gara deve contemplare sin dal principio l'evenienza di successive assegnazioni tramite procedura negoziata non competitiva[30].**

Il **calcolo delle soglie di cui all'art. 14, comma 1** del Codice **va parametrato all'importo complessivo dei lavori o dei servizi**, sommando il valore della prima commessa a quello delle successive. Il ricorso alla procedura è limitato al triennio successivo alla stipulazione del contratto di appalto iniziale.

3. Tra l'inconfondibile *sound* di un'orchestra e il possesso di un brevetto, oscilla la deroga all'obbligo di procedura competitiva

Come anticipato nel paragrafo precedente, tra le ipotesi tassative motivanti il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando ricorre il caso in cui, per ragioni di natura tecnica, artistica o attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto può essere affidato

unicamente a un operatore economico determinato.

L'applicabilità della fattispecie ruota attorno al concetto, non sempre agevole, di **infungibilità della prestazione oggetto di appalto**.

E ciò perché, in tale condizione, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, **per l'assenza di mercato, lo svolgimento di una procedura di gara aperta alla concorrenza sarebbe un inutile spreco di tempo e risorse, contrastante con i principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa**[\[31\]](#).

Occorre, allora, che l'unicità del fornitore sia oggettivamente verificata, ossia dimostrare che un determinato soggetto sia l'unico a disporre del *know-how* necessario per eseguire la prestazione.

Non basta, al contrario, affermare che un insieme di lavori sia complesso e delicato per dimostrare che esso deve necessariamente essere affidato a un solo imprenditore[\[32\]](#); né basta agli stessi fini affermare che i lavori o il servizio o la fornitura abbiano caratteristiche tecniche particolari.

Sul punto, in particolare, vale il principio, espresso specificamente in tema di appalti di forniture, secondo cui **l'Amministrazione può individuare particolari caratteristiche tecniche, a condizione, però, che la specificazione delle medesime venga effettuata facendo riferimento ad elementi in grado di distinguere nettamente l'oggetto della fornitura, senza determinare alcuna discriminazione nei confronti delle imprese di settore**.

A tal fine, infatti, è vietato prevedere specifiche tecniche che indichino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza, a meno di non inserire la **clausola di equivalenza, ammissibile quando la stazione appaltante non può fornire una descrizione dell'oggetto dell'appalto mediante specifiche tecniche sufficientemente precise**[\[33\]](#).

Nel rispetto di queste coordinate, si può anche convenire sull'idea che la valutazione di unicità di un prodotto va fatta in concreto e non in modo del tutto astratto[\[34\]](#), e con decisivo riguardo alla obiettiva e attuale destinazione funzionale del prodotto del quale si tratta, *occorrendo guardarsi dal rischio di una deriva che potrebbe altrimenti portare a cogliere i crismi dell'unicità, in ultima analisi, in qualsiasi prodotto aziendale*.

In tal senso, *l'affidamento di un servizio a trattativa privata non può giustificarsi solo in virtù del possesso di una privativa industriale, atteso che questa può legittimare una limitazione concorrenziale solo se sia in grado di connotarsi in termini di esclusiva funzionale, e cioè se venga in rilievo un prodotto con caratteristiche tecniche infungibili, non surrogabili da tecnologie alternative in grado di assicurare le medesime funzionalità*[\[35\]](#).

Con riferimento ai motivi tecnici, la Corte di giustizia europea ha escluso la ricorrenza di tale presupposto, nella vicenda degli elicotteri Augusta[\[36\]](#), condannando lo Stato italiano per non aver dimostrato sotto quale profilo un cambiamento di fornitore l'avrebbe costretto ad

acquisire un materiale fabbricato secondo una tecnica differente, tale da comportare un'incompatibilità o difficoltà tecniche di uso o di manutenzione sproporzionate.

Per le **opere d'arte**, l'infungibilità è sempre riconosciuta fin tanto che l'identità dell'artista determina intrinsecamente il carattere e valore unico dell'opera d'arte stessa[37].

In tal senso, però non può asserirsi aprioristicamente che l'opera assumerà i caratteri dell'unicità *solo se affidata ad architetto di fama internazionale* poiché tale elemento, pur potendo incidere, anche significativamente, nell'ambito del processo di ideazione e realizzazione di un'opera di grande valore, anche artistico, non può ritenersi determinante e univoco[38].

Ciò che rileva è la considerazione delle particolarità proprie della prestazione fornita dal soggetto individuato per l'affidamento, tali da indurre la stazione appaltante a voler individuare proprio in esso, il soggetto delle cui prestazioni avvalersi.

In tal senso, l'esecuzione di una partitura musicale, che, vista nella sua obiettività, non rappresenterebbe una prestazione infungibile, essendo la capacità tecnica di realizzarla probabilmente rinvenibile in una molteplicità di *ensemble*, in realtà presenta connotati prettamente artistici, giacché nessuna esecuzione orchestrale corrisponde perfettamente all'altra, poiché è il frutto della composizione tra abilità tecniche e sensibilità individuali dei diversi componenti dell'orchestra; sicché si può sostenere che il *sound* di un'orchestra è inconfondibilmente diverso da quello di tutte le altre e, quindi, non può essere declassato a una mera fornitura di mano d'opera, perciò fungibile[39].

E con riferimento alla **tutela di diritti esclusivi**? È sempre possibile sostenere che il possesso di un brevetto, quale simbolo del diritto esclusivo, basti ad escludere la possibilità di esperire una gara pubblica?

Secondo l'orientamento **giurisprudenziale prevalente**, la sussistenza di una "esclusiva" non è tale da precludere l'indizione di una procedura pubblica.

Il caso riguarda un ospedale di Roma, che aveva esperito una gara per l'approvvigionamento di dispositivi medici ma che si era visto poi contestata l'aggiudicazione da parte di una concorrente, che dimostrava di essere divenuta nel frattempo esclusivista del prodotto affidato.

L'aggiudicazione, quindi, sarebbe stata disposta in violazione del diritto d'esclusiva.

Sul punto, il Consiglio di Stato (con la pronuncia del 5 febbraio 2018, n. 748), partendo dal dettato normativo, rileva come il **Codice appalti** riconosce e "rispetta" la proprietà intellettuale, ma in quanto preposto a disciplinare gli acquisti pubblici, **non impone alcun obbligo alle pubbliche amministrazioni di procedere ad affidamenti diretti in caso d'esclusiva, limitandosi a prevederne la mera possibilità** ("*La procedura negoziata ... può essere utilizzata*").

D'altronde, la ragione di un possibile "passaggio" sul mercato risiede nel fatto che le

potenziali concorrenti potrebbero sempre procacciarsi i beni da offrire “all'estero ovvero fuori dall'ambito di operatività” dell'esclusivista, oppure possono aver proceduto al loro acquisto prima dell'inizio del periodo d'esclusiva (che, nel caso di specie, cadeva successivamente l'inizio dell'esperimento di gara).

Né, l'ipotetica violazione del diritto d'esclusiva è di per sé sufficiente a determinare l'illegittimità dell'aggiudicazione a favore di un'impresa diversa dalla titolare dell'esclusiva, in quanto detta violazione (del diritto d'esclusiva) sarebbe produttiva “unicamente di effetti obbligatori tra le parti, salvi i provvedimenti risolutivi adottabili dalla stazione appaltante” nell'ipotesi in cui l'aggiudicataria non dovesse poi risultare in grado di fornire i prodotti che si è aggiudicata^[40].

Il *discrimen* va rinvenuto, allora, nel riconoscimento dell'infungibilità del prodotto “esclusivo”, condizione non automatica, stante la mancata equipollenza tra i concetti di esclusività e infungibilità, come chiarito dall'ANAC nelle Linee Guida n. 8, oggetto del prossimo paragrafo.

4. Linee Guida ANAC n. 8/2017: quando ricorre l'infungibilità? Le difficoltà applicative causate dal cd. rischio del *lock-in*

Accertato il **carattere eccezionale della procedura negoziata senza bando**, l'ANAC ha avvertito l'esigenza di tratteggiare e precisare i connotati delle fattispecie sussumibili nelle tassative ipotesi di legge di cui all'art. 76 del D.Lgs. n. 36/2023, ossia del precedente art. 63 del D.Lgs. n. 50/2016, in vigore al momento dell'adozione delle richiamate Linee Guida.

Le Linee Guida^[41], di natura non vincolante, muovono dalla constatazione che nella prassi le stazioni appaltanti vi ricorrono adducendo motivazioni legate all'esistenza di privative, all'infungibilità dei prodotti o servizi da acquistare, ai costi eccessivi che potrebbero derivare dal cambio di fornitore.

In merito, secondo l'Autorità di settore, occorre distinguere tra il concetto di esclusività e quello di infungibilità, in quanto non sono sinonimi, né da un punto di vista giuridico né economico.

“L'esclusiva” attiene all'**esistenza di privative industriali**^[42], mentre **un bene o un servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno.**

A tal fine, per giustificare l'infungibilità, non basta un presunto più alto livello qualitativo del servizio o la sua rispondenza a parametri di maggior efficienza, in quanto presupposto necessario è **l'unicità dell'operatore economico.**

Si tratta, infatti, di elementi che, da soli, non possono condurre al ricorso alla procedura negoziata senza bando precludendo, in tal modo, ad altri potenziali concorrenti di presentare offerte qualitativamente equipollenti se non superiori al presunto unico fornitore in grado di

soddisfare certi standard (...).

Inoltre, spetta alla stazione appaltante verificare - rigorosamente - l'esistenza dei presupposti che giustificano l'infungibilità del prodotto o servizio che si intende acquistare, non potendo accontentarsi, al riguardo, delle dichiarazioni presentate dal fornitore[43].

E cosa accade se è la stessa stazione appaltante a determinare inconsapevolmente la condizione di infungibilità?

È il caso della fornitura dell'elicottero modello AW 139 affidata dalla stazione appaltante all'operatore economico Leonardo S.p.a. per assenza di concorrenza per motivi tecnici, ex art. 63 comma 2, lett. b), del D. lgs n. 50/2016 e ss.mm.ii.

D'altronde, a sostegno della bontà dell'operato della stazione appaltante, vi era stata la consultazione preliminare di mercato previamente indetta, che aveva avuto tale conclusione, essendo stata la Leonardo S.p.a., l'unico operatore economico a manifestare interesse e dare il riscontro richiesto.

Sul punto, il Consiglio di Stato [44] rappresenta che, se *"è indiscutibile che Leonardo s.p.a. sia l'unico operatore economico in grado di fornire l'elicottero modello AW 139, data la complessità tecnica che caratterizza e distingue ogni modello di elicottero; non per questo, però, il bene è infungibile"*.

La stazione appaltante, infatti, si è venuta a trovare in quella condizione che è definita nelle Linee Guida ANAC n. 8, come **lock – in**, ossia una **condizione di dipendenza da un singolo fornitore che non è possibile sciogliere se non sopportando costi ulteriori per transitare ad altro fornitore**[45].

In tal senso, l'amministrazione, allorché dovrà sostituire il bene in uso, si troverà sempre a preferire il fornitore dal quale ha già acquistato al fine di evitare il costo eccessivo che il passaggio ad altro fornitore comporta, e ciò, in un continuo replicarsi dell'identica situazione di vincolo indotto.

Il prestatore "insediato" infatti, possiede vantaggi informativi difficilmente colmabili, su profili delicati del contratto o della sua esecuzione.

Ne consegue, allora che, se un'amministrazione si trova in una condizione di *lock-in*[46], il bene non è infungibile perché non vi sono altri operatori sul mercato in grado di fornire beni altrettanto idonei a soddisfare le sue esigenze, ma è infungibile perché tale appare all'amministrazione che avverte la gravità economica del cambio di operatore.

Per l'amministrazione il fornitore si presenta pertanto come un **monopolista naturale**, pur non essendolo nei fatti, con le conseguenze inevitabili che a ciò consegue in punto di determinazione del prezzo di acquisto, oltre che di accesso alle innovazioni e gli avanzamenti tecnologici del prodotto che sia possibile reperire in libera concorrenza tra gli operatori.

Proprio per tale ultima considerazione v'è necessità per l'amministrazione – non solo di evitare di cadere, ma anche – di uscire dalla condizione di *lock-in*: trattandosi di **fenomeno distorsivo della concorrenza**, i costi dovuti in prima battuta al cambio di operatore, saranno nel lungo periodo recuperati attraverso il risparmio di spesa che ne conseguirà e compensati dai vantaggi qualitativi acquisibili.

L'uscita dalla condizione di *lock -in* può avvenire solamente con una procedura aperta in cui l'amministrazione si renda disponibile alla fornitura di beni o servizi equivalenti a quelli in uso.

In tutte le ipotesi di *lock-in*, il bene o il servizio da acquistare non è infungibile per l'assenza di concorrenza dovuta a "motivi tecnici"[\[47\]](#) come previsto dal testo normativo, bensì per la distorta visuale indotta nell'amministrazione dalla condizione in cui essa stessa si è posta.

Condizione, che la direttiva 2014/24/UE[\[48\]](#), al considerando n. 50, pone come ostativa al ricorso ad una procedura negoziata senza pubblicazione del bando, precisando che: *"L'esclusività (ricorrente in caso di un'unicità oggettiva dell'operatore economico) può anche trarre origine da altri motivi, ma solo situazioni di reale esclusività possono giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione, se la situazione di esclusività non è stata creata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice in vista della futura gara di appalto"*.

Si rivela, quindi, opportuno considerare *"nella valutazione commerciale delle scelte (...) non solo i costi immediati dell'acquisto, ma (...) l'intero ciclo di vita del prodotto, che include la manutenzione, l'aggiornamento, l'utilizzo e l'eventuale uscita, nel caso si renda necessario passare ad un nuovo prodotto. I costi per il cambio di fornitore includono, non solo i costi vivi di acquisto di un nuovo prodotto, ma anche quelli relativi alla formazione e all'aggiornamento del personale e al superamento dell'inerzia amministrativa. Inoltre, bisognerebbe tener conto dei rischi associati alla scelta (ad esempio quelli relativi all'affidabilità del fornitore) e comparare i costi con quelli sopportati da altre amministrazioni in condizioni simili"*[\[49\]](#).

Nella predisposizione dei documenti di gara e nell'indicazione delle specifiche tecniche, occorre, allora, evitare di fare riferimenti non necessari a marchi, private o prodotti di particolari produttori, prediligendo standard obiettivi di prodotto.

In questo modo potrebbe esserci un grande risparmio annuo sui costi degli affidamenti e un parallelo miglioramento della qualità dei prodotti grazie alla forte concorrenza[\[50\]](#).

Anche affidare l'appalto a più di un operatore (*multi-sourcing*) potrebbe essere un modo per ovviare al *lock-in*, specialmente quando i costi sono elevati. A tal fine si potrebbe ricorrere a due alternative: più aggiudicatari per singola gara (o lotto), assegnando al concorrente primo classificato di una quota predefinita del quantitativo massimo previsto e a scalare per i successivi, oppure dividendo la gara in due o più lotti, imponendo un numero massimo di lotti aggiudicabili.

5. Strumenti utili per accertare l'infungibilità del bene: consultazioni preliminari di mercato e programmazione dei fabbisogni. A monte è sempre prescritto un incisivo obbligo di motivazione

Il pericolo di distorsione della concorrenza insito nel fenomeno del *lock-in* richiede, secondo l'ANAC e la giurisprudenza, un'**analisi cauta delle singole vicende contrattuali**, caldeggiando politiche di acquisto atte a prevenire il fenomeno, prima che a "combatterlo", con espedienti mirati, come ad esempio una lungimirante programmazione dei fabbisogni e una consapevole progettazione dei beni e servizi oggetto delle commesse, nonché il ricorso ad accurate consultazioni preliminari di mercato.

La corretta applicazione della disciplina eccezionale presuppone, in ogni caso, un incisivo obbligo di motivazione in capo alla stazione appaltante e, a monte della scelta, la ragionevole certezza *a priori* che ricorra il presupposto applicativo della deroga, ossia l'unicità del fornitore, che è esclusa *"se occorre una profonda e complessa indagine comparativa e di mercato per giungere a una siffatta conclusione"*.

La logica insita nella norma, che eccezionalmente deroga al principio della gara, è quella di non imporre una gara, appunto, *"il cui esito sia pressoché scontato a priori perché solo un operatore è in grado di assicurare la prestazione richiesta. Il soggetto prescelto deve presentare qualità talmente differenziate, che deve apparire palese (ed emergere dalla motivazione) l'inutilità del ricorso al principio concorrenziale. In casi del genere, l'unicità del fornitore deve essere certa prima di addivenire a trattativa privata, e l'indagine di mercato può avere il solo scopo di acquisire la certezza di tale unicità o di escluderla"*[\[51\]](#).

La scelta di ricorrere alla procedura negoziata senza bando deve essere motivata in seno alla decisione di contrarre, in modo da scongiurare ogni possibilità che l'amministrazione utilizzi situazioni genericamente affermate, come un *"commodus discessus"* dall'obbligo di esperire una pubblica procedura di selezione che è la sola con carattere di oggettività e trasparenza[\[52\]](#).

In tali ambiti l'obbligo motivazionale non deve atteggiarsi a mera estrinsecazione di un apparato preconfezionato al solo scopo di giustificare le scelte discrezionalmente operate dall'amministrazione, ma deve oggettivamente offrire l'indicazione dei pertinenti presupposti legittimanti; e con essi della presenza di un nesso di necessaria implicazione causale[\[53\]](#).

Il nuovo Codice degli appalti pubblici impone all'amministrazione l'onere di una rigorosa motivazione sin dal primo atto dell'*iter* amministrativo[\[54\]](#).

Al fine di responsabilizzare le amministrazioni aggiudicatrici, l'obbligo di motivazione viene valorizzato e ne viene dettagliata la struttura, specificando che le committenze devono giustificare le loro determinazioni dando conto della specifica situazione di fatto, delle caratteristiche dei mercati interessati e delle relative dinamiche, anche alla luce delle consultazioni eventualmente condotte, della coerenza con i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

In definitiva, **l'adozione di scelte limitative del confronto concorrenziale si giustifica solo se sostenuta da specifica motivazione sulla sostanziale impossibilità della stazione appaltante, rigorosamente accertata, di soddisfare le proprie esigenze rivolgendosi indistintamente al mercato.**

In quest'ambito rivestono un ruolo importante, le consultazioni di mercato che possono essere considerate *"(...) lo strumento per acquisire le informazioni necessarie per svolgere la richiamata istruttoria e per fondare la conseguente motivazione ovvero per validare le conoscenze già aliunde acquisite"*[\[55\]](#).

L'istituto delle **consultazioni preliminari di mercato**, pur concretizzandosi in una semplice "pre-fase" di gara non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto, è senza dubbio un **utile strumento messo a disposizione della stazione appaltante tramite cui avviare un dialogo informale con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore di mercato** e, così, **esplorare il mercato di riferimento nonché acquisire quelle informazioni di cui è carente**[\[56\]](#).

Ciò al fine di addivenire a una migliore consapevolezza circa le disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a determinati beni o servizi.

La consultazione restituisce, infatti, un quadro completo del mercato di riferimento e riduce le asimmetrie informative che creano ostacoli allo sviluppo della concorrenza, nel rispetto dei principi di non discriminazione e trasparenza[\[57\]](#).

In tale ottica, l'istituto è uno strumento idoneo ad accertare l'eventuale infungibilità di beni, prestazioni, servizi, che costituisce la premessa necessaria per ricorrere alla procedura di cui all'art. 76 del Codice.

Occorre - però - che lo stesso sia correttamente impostato per assolvere alla sua naturale funzione, in tal senso l'ANAC[\[58\]](#) ha censurato l'uso distorto della consultazione preliminare di mercato fatta dalla Stazione appaltante che, con riferimento ad una fornitura di un sistema di chirurgia robotica, ha ristretto *a priori* il perimetro della consultazione, limitando preventivamente il campo di indagine a quei prodotti dotati delle medesime caratteristiche tecniche o equivalenti a quelle del sistema già in uso, con pregiudizio per quelli basati su nuove e diverse tecnologie[\[59\]](#).

Dall'erronea impostazione della consultazione preliminare di mercato è discesa l'incompletezza dell'istruttoria che ha condotto all'accertamento dell'infungibilità del sistema in uso e, dunque, dell'assenza di concorrenza nel mercato della chirurgia robotica.

In sede di valutazione delle proposte tecniche alternative è mancata una valutazione sull'equivalenza funzionale tra il sistema robotico "nuovo" e quello già in uso, e limitandosi, la comparazione, a riscontrare che il sistema offerto dal potenziale concorrente non possedeva le caratteristiche tecniche identiche a quelle del sistema già in uso.

Ne consegue che **è illegittima la consultazione di mercato propedeutica alla procedura**

negoziata senza pubblicazione del bando, che non è volta a verificare l'impossibilità di ricorrere a fornitori o soluzioni alternative, ma mira esclusivamente alla ricerca di un operatore da cui acquisire un sistema con requisiti tecnici identici a quelli già utilizzati[60].

L'idoneità dell'istituto ad accertare l'infungibilità del bene non legittima, in ogni caso, l'impugnazione della consultazione medesima, bensì l'atto di avvio della procedura, in quanto diretta conseguenza dell'esito della consultazione, che preclude di concorrere all'affidamento del contratto[61].

Al fine di prevenire l'insorgere di forme di *lock-in* le amministrazioni devono, altresì, compiere una corretta programmazione e progettazione dei fabbisogni.

Un'attenta programmazione costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa in quanto consente di prevenire situazioni di urgenza, che spesso costituiscono lo strumento utilizzato dall'amministrazione per giustificare il ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione del bando, e, dall'altro, permette l'ottimizzazione delle risorse, il controllo delle diverse fasi gestionali nonché la verifica della corretta esecuzione dell'affidamento[62].

La **programmazione**, dunque, costituisce uno strumento utile in quanto consente all'amministrazione di **stabilire ex ante il fabbisogno essenziale e quindi di prevedere le migliori soluzioni per soddisfarlo, in tempo utile**[63].

Accanto alla programmazione, occorre delineare un'attenta **progettazione degli acquisti**. Si ritiene, infatti che anche questa sia una fase fondamentale per prevenire i rischi di *lock-in*.

Il progetto non deve limitarsi a considerare solo l'immediata utilizzabilità di un prodotto o servizio, ma, specialmente per quelli che hanno una durata protratta nel tempo, deve guardare anche agli impegni che l'amministrazione dovrà sopportare in futuro e, in particolare, per quanto riguarda i rischi di infungibilità, aspetti legati a materiali di consumo, pezzi di ricambio e facilità di sostituire il fornitore.

Si tratta di esigenze che possono essere ricondotte all'interno del concetto di ciclo di vita di un prodotto[64].

Grazie a tale analisi preventiva le stazioni appaltanti potrebbero prevenire fenomeni di *lock-in* in quanto verrebbero a conoscere *ex ante* sia la durata del prodotto sia i suoi costi e, conseguentemente, potrebbero programmare per tempo la sostituzione dello stesso mediante procedura concorrenziale.

Il **comma 7 dell'art. 76** completa la disciplina della procedura con l'introduzione di alcuni "tenui" vincoli procedurali, "*funzionali a garantire le esigenze di flessibilità e speditezza sottese all'istituto in parola*"[65].

La disposizione stabilisce che “*ove possibile*”, le stazioni appaltanti individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni desunte dal mercato[66], nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza, selezionando almeno tre operatori economici, “*se sussistono in tal numero soggetti idonei*”[67].

La formulazione ipotetica e condizionale del comma, scandita dagli incisi trascritti nel virgolettato, è una novità rispetto alla formulazione contenuta nel precedente Codice (D.Lgs. n. 50/2016) e risponde, secondo la Relazione illustrativa, alla **dichiarata volontà di rimettere alle concrete valutazioni delle amministrazioni aggiudicatrici la decisione di indire o meno una gara informale, in funzione della selezione del contraente**[68].

La predetta indagine di mercato preliminare è prevista solo “*ove possibile*”, onde non imporre un confronto competitivo laddove impraticabile o sconsigliabile per ragioni fisiologiche, strutturali (assenza di concorrenza) o di urgenza.

L'elemento distintivo della procedura consiste nella peculiare determinazione della platea dei concorrenti, in deroga al principio di pubblicità.

In tal senso, per evitare l'imposizione di oneri procedurali non discendenti dal diritto unionale e potenzialmente incompatibili per le finalità sottese all'istituto in esame, il Codice attuale, ha, altresì, **ridotto il numero delle imprese da invitare alla negoziazione, da cinque a tre operatori economici**[69].

Nella stessa ottica, si è proceduto all'**espunzione del principio di rotazione**, reputato **irragionevolmente limitativo della partecipazione di un'impresa che, per il solo fatto di aver conseguito una commessa precedente, non è per ciò stesso inadeguata a soddisfare le esigenze della stazione appaltante**.

La rotazione potrebbe, inoltre, **ostacolare l'affidamento in casi di urgenza**, ove non sia possibile ricercare sul mercato operatori diversi da quelli già titolari del precedente contratto, e, in tal modo, potrebbe tradursi in obblighi procedurali di dubbia compatibilità con la presente fattispecie, che legittima il ricorso alla procedura.

La scelta dell'operatore economico, da ultimo, deve avvenire secondo i criteri dell'art. 108, D.Lgs. n. 36/2023 in favore del soggetto che ha offerto le condizioni più vantaggiose, 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.

6. L'inapplicabilità del reato di turbata libertà degli incanti alla procedura negoziata senza bando

Il Codice penale prevede, tra i reati contro la pubblica amministrazione e, in particolare,

dei privati contro la pubblica amministrazione, due fattispecie criminose, sancite dagli **artt. 353 e 353-bis c.p.**

L'**art. 353 c.p.**, rubricato "**Turbata libertà degli incanti**", è una norma più risalente che mira a **tutelare la correttezza delle procedure di gara pubbliche**, successivamente all'emanazione del bando di gara, sanzionando penalmente chiunque impedisca o turbi le gare con violenza, minaccia, doni, promesse collusioni o altri atti fraudolenti^[70].

Al fine di "colmare" il vuoto di tutela penale lasciato da tale formulazione, il Legislatore con l'art. 10 della L. 13 agosto 2010, n. 136^[71], ha introdotto l'**art. 353-bis c.p.**, rubricato "**Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente**".

Tale norma è volta a sanzionare chi, con le medesime modalità di cui all'art. 353 c.p., turbi il procedimento di scelta del contraente volto all'emanazione di un bando di gara o atto ad esso "equipollente" così **estendendo la tutela penale ad un momento antecedente a quello di indizione della procedura di gara** e sanzionare, in tal modo, le condotte finalizzate a turbare le fasi preliminari di una gara, mediante l'adozione di bandi personalizzati e calibrati sulle caratteristiche di determinati operatori.

Con tale assetto normativo, dunque, viene sanzionata penalmente qualsiasi condotta atta a turbare la procedura di scelta del contraente, sia concernente la fase prodromica all'indizione di una determinata procedura sia afferente alla gara vera e propria già pubblicata.

In merito, a partire dal 2022, si è affermato un orientamento giurisprudenziale che, contrapponendosi nettamente alle pregresse statuizioni della stessa Suprema Corte^[72], ha ridotto la portata applicativa dell'art. 353-bis c.p.

Con la sentenza n. 5536/2022 la VI Sez. Pen. della Corte di cassazione^[73] ha fornito risposta negativa al seguente interrogativo "*se il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente sia configurabile in presenza di un affidamento diretto disposto quale esito della condotta perturbatrice volta ad impedire la gara*".

Nella pronuncia in argomento è stata formulata la seguente massima: "*In caso di affidamento diretto, il delitto previsto dall'art. 353-bis cod. pen.: a) è configurabile quando la trattativa privata, al di là del nomen juris, prevede, nell'ambito del procedimento amministrativo di scelta del contraente, una "gara", sia pure informale, cioè un segmento valutativo concorrenziale; b) non è configurabile nelle ipotesi di contratti conclusi dalla pubblica amministrazione a mezzo di trattativa privata in cui il procedimento è svincolato da ogni schema concorsuale; c) non è configurabile quando la decisione di procedere all'affidamento diretto è essa stessa il risultato di condotte perturbatrici volte ad evitare la gara*".

Nel dettaglio, i Giudici di legittimità sono giunti a tale conclusione partendo dalla considerazione che l'art. 353-bis c.p., a differenza dell'art. 353 c.p., non prevede la sanzione di condotte che abbiano ad oggetto l'"impedimento" della gara, ma solo la "turbativa" volta a stabilire il contenuto del bando di gara o di atto ad esso equipollente.

Con riferimento a tale ultima nozione, la Suprema Corte ha chiarito che può essere definito **“equipollente” un atto che, sebbene non obbligatoriamente “tipizzato”, assolve alle stesse funzioni del bando di gara e, dunque, contenga i requisiti e le modalità di partecipazione degli operatori economici alla competizione**, con la conseguenza che *“la condotta di turbamento, per assumere rilievo ai fini della sussistenza del reato previsto dall'art. 353-bis c.p., deve innestarsi ed intervenire in un procedimento amministrativo che contempli una qualsiasi procedura selettiva, la pubblicazione di un bando o di un atto che abbia la stessa funzione”*.

Infatti, nella sentenza viene chiarito che: *“Torsioni interpretative volte a conformare il dato testuale per attribuirgli un significato ulteriore, distinto e più ampio, rispetto a quello desumibile dalla sua immediata lettura”, configurano una vera e propria interpretazione analogica in malam partem, cosicché “la condotta perturbatrice non finalizzata ad inquinare il contenuto del bando- o di un atto ad esso equipollente - ma volta ad impedire la gara attraverso l'affidamento illegittimo diretto dei lavori, è esterna rispetto al perimetro testuale della norma”*.

Tale pronuncia è stata seguita, poco dopo, da un'ulteriore decisione del medesimo Consesso, la n. 7267 del 27 gennaio 2022 Sezione VI Penale, che ha evidenziato come possano *“ritenersi “equipollenti” al bando di gara sia l'avviso di indizione della gara che l'avviso di preinformazione, ma non la mera determina di affidamento diretto dei lavori”*.

Da ciò consegue, pertanto, che non è configurabile il reato di turbata libertà degli incanti nel caso in cui la pubblica amministrazione addivenga alla scelta del contraente tramite procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando.

Ad avviso del Collegio, il riferimento al bando di gara costituisce un elemento normativo della fattispecie criminosa che richiama la disciplina di quelle procedure di scelta del contraente con la pubblica amministrazione connotate, qualunque sia il relativo *nomen iuris*, da un lato, dalla competizione tra più aspiranti contraenti e, dall'altro, dalla predeterminazione, delle regole che disciplinano l'oggetto, il contenuto del contratto, i requisiti economici o tecnici richiesti agli operatori economici e i criteri di selezione delle offerte. Secondo la giurisprudenza di questa Corte in tema di turbata libertà degli incanti, si è, infatti, in presenza di una procedura di gara, anche informale o atipica, ogni volta che la pubblica amministrazione proceda all'individuazione del contraente su base comparativa, a condizione che l'avviso informale o il bando o, comunque, l'atto equipollente indichino previamente i criteri di selezione e di presentazione delle offerte, *non essendo sufficiente la semplice comparazione dei ‘curricula di soggetti in possesso di competenze coerenti con l'oggetto dell'incarico*[\[74\]](#), ponendo i potenziali partecipanti nella condizione di valutare le regole che presiedono al confronto e i criteri in base ai quali formulare le proprie.[\[75\]](#)”.

Ad avviso del Collegio, **l'individuazione dell'atto “equipollente” al bando di gara, ovvero dell'atto che ha valore ed efficacia a questo analoghi, non può prescindere dalla considerazione delle sue caratteristiche, di oggetto e finalità**, cosicché può ritenersi tale **solo quello che ha delle connotazioni a questo assimilabili in quanto predetermina le regole del gioco, ponendo i potenziali partecipanti nella condizione di valutare i criteri in base ai quali formulare le offerte e di conoscere i parametri che sovrintendono alla**

aggiudicazione[76].

Alla stregua di tale criterio ermeneutico possono, dunque, ritenersi "equipollenti" al bando di gara sia l'**avviso di indizione della gara** sia l'**avviso di preinformazione**, ma **non la mera determina di affidamento diretto dei lavori**.

Sul punto, un **diverso arresto** della suprema Corte ha **incluso nella nozione di "atto equipollente" del bando di gara anche la deliberazione a contrarre, qualora la stessa, per effetto della illecita turbativa, prevede l'affidamento diretto ad un determinato soggetto**[77].

In tale arresto la Corte ha ritenuto che, poiché l'art. 353-bis c.p., a differenza dell'art. 353 c.p., non circoscrive il novero delle procedure tutelate, l'atto equipollente deve essere individuato con riferimento ad **ogni atto che abbia l'effetto di avviare la procedura di scelta del contraente, ivi compresa, pertanto, anche la determina a contrarre**.

Secondo l'**orientamento maggioritario**, tuttavia, **siffatta interpretazione omette, di considerare che, a dispetto della rubrica della norma, ove si richiama genericamente il procedimento di scelta del contraente, il precetto delimita tali procedure a quelle in cui la selezione è disciplinata da un bando o da un atto avente il medesimo valore e significato che, altro non può essere, al fine di poter essere considerato "equipollente", che un atto che detti la *lex specialis* del procedimento**. Equipollente non può, dunque, considerarsi qualunque atto alternativo al bando di gara che abbia l'effetto di avviare la procedura di scelta del contraente, ma **solo quello che presenta caratteristiche analoghe e risponde alla medesima finalità del bando di gara**.

Questa interpretazione restrittiva della nozione di "atto equipollente" appare coerente con il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, ossia l'interesse della Pubblica Amministrazione di poter contrarre con il miglior offerente.[78]

7. Cenni applicativi dell'istituto nei settori speciali e nelle concessioni

L'art. 158 del D.Lgs. n. 36/2023 recante la **procedura negoziata senza pubblicazione di un bando nei settori speciali**, recepisce l'art. 50 della Direttiva 2014/25/UE e riprende integralmente i contenuti dell'art. 125 del previgente D.Lgs. n. 50/2016, ai quali aggiunge un espresso obbligo di motivazione rafforzato e indicazioni di natura procedurale (comma 3), che seppur formalmente assenti nel previgente articolo, già rappresentavano principi acquisiti di diritto vivente[79].

L'art. 158, cit. trova un **equivalente nell'art. 76 del Codice**, relativo ai **settori ordinari**, rispetto al quale (tuttavia) presenta taluni profili di differenziazione, giustificabili, secondo alcuni, con la **maggiore flessibilità della disciplina sui settori speciali**.

È stato evidenziato come rispetto alla disciplina sui settori ordinari, la norma in esame prevede un **più ampio numero di casi in cui è ammesso l'utilizzo della procedura negoziata senza preventiva forma di pubblicità e appare meno regolamentata sul piano procedurale**[\[80\]](#).

In particolare, la **disposizione individua dieci ipotesi che legittimano il ricorso all'istituto**.

Con riferimento al caso di cui al **comma 2, lett. a)** relativo alla **"precedente procedura infruttuosamente esperita"**, nel complesso la norma è **essenzialmente riproduttiva dell'art. 76, comma 2, lett. a) del D.Lgs. n. 36/2023, in tema di settori ordinari**.

La seconda ipotesi prende in considerazione gli **appalti aventi un esclusivo scopo di ricerca scientifica e di studio, senza un diretto ed immediato scopo di lucro** o quanto meno di recupero dei costi sostenuti per il recupero delle spese di ricerca. I soli appalti di ricerca privi delle citate utilità economiche possono essere aggiudicati senza bando.

Si tratta di un'**ipotesi analoga a quella prevista dall'art. 76, comma 4, lett. a) del Codice**, dalla quale si **differenzia significativamente per quanto attiene all'ambito oggettivo di applicazione, che nei settori ordinari è limitato ai soli affidamenti di forniture**.

Il ricorso all'istituto è poi ammesso, nel **caso in cui per ragioni di natura tecnica o artistica, ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto può essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato (comma 2, lett. c))**, nonché per **ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'ente aggiudicatore (comma 2, lett. d))**; in entrambi i casi senza differenziazione alcuna rispetto alla disciplina prevista per i settori ordinari[\[81\]](#).

La quinta ipotesi costituisce un'**ipotesi particolare di prestazione infungibile, prevista in via generale dalla richiamata lett. c)**, che, seppure limitata agli appalti di forniture, ricorre **qualora il cambio di fornitore imponga all'Amministrazione l'acquisto di un bene con caratteristiche tecniche differenti, la cui manutenzione o il cui uso darebbero luogo ad incompatibilità o a notevoli difficoltà tecniche**. Come per i settori ordinari, vale la considerazione che l'**ipotesi di lavori o servizi complementari in passato previsti rispettivamente nell'art. 57, comma 5, lett. a.1 e a.2 del D.Lgs n. 163/2006 e per i settori speciali, nell'art. 221, comma 1, lett. f) del medesimo Decreto legislativo, non è stata eliminata, bensì in linea con l'impostazione delle direttive unionali, è ricollocata all'interno dell'articolo 120, del D.Lgs. n. 36/2023 (prima ancora nell'art. 106 del D.Lgs. n. 50/2016), in tema di modifiche contrattuali in corso di esecuzione**.

Sul punto occorre precisare che se la presenza di questa disciplina per lavori e servizi, trova agevole spiegazione (indistintamente per i settori ordinari e speciali) nella mancata riproposizione nella disciplina sulla procedura negoziata senza bando, non altrettanto agevole

è il riferimento anche alle ipotesi di forniture.

Tanto più che la disciplina contenuta nell'art. 120, cit. prevede, per l'introduzione di modifiche all'originario contratto avente per oggetto lavori, servizi e forniture supplementari, un regime maggiormente restrittivo rispetto a quello previsto per le sole forniture in tema di procedura negoziata.

Ne deriva un quadro che può apparire contraddittorio, stante il fatto che, se da un lato, varianti in corso d'opera e procedura negoziata senza bando costituiscono istituti distinti, dall'altro, sul piano sostanziale, le prime comportando un affidamento diretto a favore dell'originario affidatario, si risolvono, di fatto, nella seconda[82].

La norma, per il resto, riproduce nella sostanza l'art. 76, comma 4, lett. b), cit., rispetto alla quale, nella logica di mantenere in capo a soggetti operanti nei cd. settori speciali maggiori margini di flessibilità operativa, si differenzia per l'assenza di limitazioni temporali, viceversa previsti per la disciplina sui settori ordinari (in base alla quale la durata del contratto originario e quella del successivo ampliamento non possono superare i tre anni).

Il ricorso alla procedura è ammesso, altresì, nel caso di lavori e servizi analoghi (comma 2, lett. f)), anche in questo caso, si differenzia dalla disciplina di cui all'art. 76, cit. per l'assenza di un limite temporale, infatti mentre nei settori ordinari, la possibilità di ricorrere alla negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale, nessuna limitazione in questo senso è prevista per i settori speciali.

Altra fattispecie che legittima il ricorso alla procedura negoziata senza bando è il caso di **forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime (comma 2, lett. g))**, prevista in **forma analoga nei settori ordinari**.

Costituisce, invece, un'**ipotesi prevista solo nella disciplina sui settori speciali, quella relativa agli acquisti di opportunità, (comma 2, lett. h))**, quando è possibile, approfittando di un'occasione particolarmente vantaggiosa ma di breve durata, acquistare forniture il cui prezzo è sensibilmente inferiore ai prezzi normalmente praticati sul mercato. Anche in questo caso, **la deroga alle ordinarie forme di confronto concorrenziale si giustifica con l'eccezionalità della situazione che rende non altrimenti acquisibile il bene a condizioni ugualmente vantaggiose**.

Il concetto di "*breve durata*" può implicare anche l'aspetto dell'eccezionalità dell'occasione, laddove la stessa non sia frequente nel suo verificarsi[83].

È, peraltro, ragionevole ipotizzare che la possibilità di fruire dell'ipotesi di deroga in questione non sia ancorata esclusivamente al dato economico, ma consenta, congiuntamente a questo, di prendere in considerazione anche ulteriori aspetti legati, ad esempio, alla possibilità di ottenere condizioni particolarmente vantaggiose che consentano benefici in termini di qualità e obiettivi altrimenti non raggiungibili, come la tempistica di disponibilità di beni oggetto di fornitura[84].

Il ricorso all'istituto è altresì ammesso per l'**acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose presso un fornitore che cessi definitivamente l'attività commerciale oppure da curatori di una procedura concorsuale**. Questa fattispecie, che sembra in realtà sostanzarsi come un parziale duplicato della precedente, è prevista **anche nella disciplina sui settori ordinari dove trova una più agevole giustificazione, in assenza dell'ipotesi (più ampia) dei cd. acquisti di opportunità**.

Da ultimo è prevista, **anche nei settori speciali, l'ipotesi degli acquisti che fanno seguito ad un concorso di progettazione, di cui al comma 2, lett. l)**.

Quanto all'**applicabilità dell'istituto nelle concessioni**, l'art. 187 del D.Lgs. n. 36/2023 recante "*Contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea*" costituisce una novità assoluta del Codice, posto che nel previgente D.Lgs. n. 50/2016 non era rinvenibile un'analogia e specifica disposizione, potendosi quindi ritenere in passato applicabile alle concessioni sottosoglia la medesima disciplina prevista per gli appalti di rilievo solo nazionale.

Nell'attuale quadro regolatorio si prevede, infatti, una **specifico regolamentazione che**, per un verso, **consente l'affidamento secondo procedura semplificata** (art. 187, comma 1, cit.), e, per altro verso, **estende alla fase esecutiva tutta la disciplina stabilita per i contratti di concessione di cui al Titolo III della medesima Parte**.

Gli enti concedenti possono procedere, dunque, per l'affidamento dei contratti di concessione il cui valore sia inferiore alla soglia europea, mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un **criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici**.

La modalità di affidamento è quindi analoga a quella prevista dall'art. 50, comma 1, lett. d) ed e), del Codice, per gli appalti sottosoglia e mira ad assicurare maggiore flessibilità e semplificazione della procedura di scelta del contraente.

Nella Relazione illustrativa del Consiglio di Stato sul primo schema del Codice dei contratti pubblici era stato evidenziato, peraltro, come il numero di almeno dieci operatori economici da consultare rischiasse di essere troppo elevato, rendendo gravosa la procedura che dovrebbe essere la più semplificata possibile. Nella relazione tecnica che accompagna il Codice dei contratti, gli estensori in un chiaro sforzo di semplificazione avevano, infatti, ipotizzato una procedura negoziata senza bando con cinque operatori da invitare.

Ciononostante, in fase di predisposizione definitiva, il requisito in parola è stato irrigidito e il numero minimo di dieci operatori "ove esistenti" è rimasto fermo.

In relazione al principio di rotazione, occorre, altresì, evidenziare, che mentre con riguardo agli appalti esso si applica agli affidamenti, **nelle concessioni la rotazione è stata espressamente riferita agli inviti**.

La circostanza che il legislatore abbia ancorato il principio di rotazione agli inviti **e non agli**

affidamenti, induce ad una lettura particolarmente rigorosa dell'istituto, anche se, come indicato dall'ANAC[85], **il principio può essere interpretato nel senso che il divieto non operi con riguardo al rinvito dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento, ma soltanto al rinvito del "contraente uscente" ossia del soggetto che ha conseguito la precedente aggiudicazione.**

La *ratio* dell'omessa applicazione del principio ai meri "invitati" alla precedente procedura è ravvisata nel fatto che *"... la contrazione del principio concorrenziale non risulta in alcun modo giustificata dalla necessità di contenere asimmetrie informative a carico del precedente aggiudicatario"*.

Il principio di rotazione degli inviti, in ogni caso, costituisce un **elemento di distonia rispetto alla disciplina degli appalti sottosoglia, che risulta più snella e flessibile di quella prevista per le concessioni di rilievo solo nazionale**, e ciò, anche con riguardo all'istituto dell'affidamento diretto, che non appare applicabile nel caso di specie.

L'articolo in commento, infatti, **nulla dispone in ordine alla possibilità di procedere con l'affidamento diretto di contratti di concessione di limitato valore né, pare poter trovare applicazione l'art. 50, comma 1, lett. b) del Codice, in quanto riferito esclusivamente alle "stazioni appaltanti" e non anche agli "enti concedenti"**.

L'art. 174 del Codice dei contratti pubblici, secondo il TAR Parma[86], specifica che **non tutte le disposizioni previste per gli appalti si applicano alle procedure di partenariato pubblico-privato.**

La norma, infatti, prevede che **per l'affidamento e l'esecuzione di tali contratti si applicano le disposizioni previste dai Titoli II, III e IV del libro IV (artt. 176- 197) senza richiamare la disciplina generale applicabile agli appalti.**

Il Titolo II, in particolare, disciplina le procedure di affidamento e, all'art. 187, tratta delle concessioni di importo inferiore alla soglia europea, prevedendo: *a) che queste vengano affidate mediante procedura negoziata senza bando previa consultazione di almeno dieci operatori economici (se esistenti); b) che a queste procedure si applichino soltanto le disposizioni dettate specificamente per le concessioni.*

Secondo il TAR Parma, dunque, **le disposizioni di cui all'art. 187, cit. rendono evidente che le procedure di affidamento delle concessioni sono oggetto di una regolamentazione autonoma nel Codice**, il quale, infatti, non effettua alcun richiamo alla disciplina degli appalti e, in particolare, all'art. 50 del Codice del 2023.

Pertanto, **non è possibile affidare le concessioni in via diretta, essendo l'affidamento diretto un istituto limitato alla disciplina degli appalti e non estendibile in alcun modo alle concessioni.**

Secondo il TAR Parma *"si assiste ad una autonoma regolamentazione delle procedure di affidamento delle concessioni, senza alcun rinvio alla disciplina riguardante il settore degli*

*appalti, al fine, evidentemente ritenuto essenziale, di attribuire autonoma dignità ad una porzione ormai rilevante dei contratti pubblici” cosicché “pertanto, **la procedura di affidamento delle concessioni sotto la soglia di rilevanza europea potrà avvenire secondo le modalità delineate dal citato art. 187, ovvero mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, ferma restando l’opzione dell’ente concedente di utilizzare le procedure di gara disciplinate, per le concessioni, dalle altre disposizioni del Titolo II, della Parte II del Libro IV del Codice”.***

Questa interpretazione si discosta dalle aperture previste dal vecchio Codice appalti e confermate dalla precedente giurisprudenza amministrativa,[\[87\]](#) secondo cui è possibile disporre un affidamento diretto anche per le concessioni.[\[88\]](#)

Il Servizio Supporto Giuridico del Ministero delle infrastrutture dei trasporti in ordine alla corretta applicazione delle disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici e nei provvedimenti ad esso collegati, ha **giustificato l’esclusione dell’affidamento diretto con la necessità di garantire una maggiore concorrenza e trasparenza nelle procedure di affidamento delle concessioni, anche di importo limitato.**

La procedura negoziata senza bando, pur semplificata rispetto alle gare ordinarie, assicura comunque un confronto tra più operatori e il rispetto dei principi di rotazione e parità di trattamento[\[89\]](#).

Né, l’esiguità dell’importo secondo l’Ufficio di supporto basta a motivare l’affidamento diretto per le concessioni non essendo lo stesso, consentito dalle disposizioni di legge[\[90\]](#).

Anche il TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 2 dicembre 2024, n. 3956 conferma che **l’art. 50 del Codice non è applicabile alle concessioni, alle quali si applica l’art. 187, ultimo comma, con necessità di esperire una procedura negoziata.**

L’art. 78 del Decreto Legislativo 31 dicembre 2024, n. 209, c.d. “Correttivo” al Codice Appalti 2023, apporta importanti modifiche in tema di concessioni relativamente alla questione della qualificazione richiesta all’ente concedente per poter progettare, affidare ed eseguire i correlati contratti.

In specie, si introduce una **“micro-soglia”** entro cui anche la stazione appaltante/ente concedente non qualificato può gestire le varie fasi autonomamente[\[91\]](#).

L’introduzione di una micro-soglia per le concessioni - **infra 140 mila euro** -, secondo alcuni, è **destinata a riproporre la questione della possibilità o meno dell’affidamento diretto delle concessioni, anche in considerazione di quanto previsto dall’allegato I.1, art. 3, comma 1, lett. d) del D.Lgs. n. 36/2023**, che definisce l’affidamento diretto, *“l’affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpellato di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall’ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all’articolo 50, comma 1 lettere a) e b), del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo*

codice”.

Si richiama, pertanto, **nella fattispecie in argomento anche l’ente concedente**.

Si è in presenza, quindi, o di un mancato coordinamento o di una opzione che però, il richiamato articolo 187 sembra escludere.

La modifica, pertanto, secondo alcuni, potrebbe **portare gli enti a “praticare” l’affidamento diretto soprattutto per i piccoli importi**[\[92\]](#).

BIBLIOGRAFIA

E. M. BARBIERI, *Illegittima aggiudicazione di appalti pubblici mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara e conseguenti sanzioni*, in *Nuovo notiziario giuridico*, 2015, 262 ss.

S. BARDELLONI, *Procedura negoziata senza previa indicazione di gara*, in A. CANCRINI, C. FRANCHINI, S. VINTI, *Codice degli appalti pubblici*, 2014.

M. BERSI, R. DAMONTE, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice dei contratti pubblici*, Molfetta, 2017.

F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Dike giuridica editrice, 2017.

A. CARULLO, G. IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Milano, 2018.

C. CATURANI, *Interesse pubblico e trattativa privata*, *ivi*, 1989, 210 ss.

M. CERUTI, *L’evoluzione della procedura negoziata*, in *Riv. Trim. app.*, 2016, 225 ss.

M. CORRADINI, S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi appalti pubblici*, Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Milano, Giuffrè, 2017, 237.

P. V. DASTOLI, *Considerazioni sull’ammissibilità della trattativa privata nel sistema dei pubblici appalti*, in *Amm.it.*, 1987, 40 ss.

R. DE NICTOLIS, *Le procedure di scelta del contraente*, Milano, Giuffrè 2020, 43 ss.

M. DIDONNA, *I servizi complementari per la procedura negoziata senza bando*, in *Urb. App.*, 2015, 305 ss.

R. DI PACE, *Tipologie di procedimenti*, in S. FANTINI-H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo*

corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine (D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), Fascicolo speciale n.1/2023 della rivista Il Foro Italiano, 2023, 120 ss.

F. GAMBARDELLA, *Procedura negoziata senza bando e consultazioni preliminari di mercato. Intorno ad una recente proposta di Linee guida dell'ANAC*, in *Federalismi* 2017, fasc. 7.

L. IANNOTTA, *Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando*, Milano, Giuffrè, 2023, 479 ss.

L. MACERONI, *La procedura negoziata nel nuovo codice degli appalti: la problematica della trattativa privata nei lavori pubblici dopo la l. 228/06*, in *Serv. Pubbl.app.*, 2006, 657 ss.

A. MASSARI, *Gli appalti pubblici dopo il nuovo Codice, Primo commento al D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2023, 303.

A. MASSARI, *La trattativa privata, <procedura negoziata> negli appalti di servizi e forniture*, in *App. contr.*, 2006, 21 ss.

L. OLIVERI, *I metodi di gara semplificata nel codice degli appalti: procedura negoziata, acquisizioni in economia e procedure alternative, per le acquisizioni di beni e servizi*, in *App. contr.*, 2007, fasc. 7,8 ss.

T. TESSARO, *Trattativa privata, gara ufficiosa e discrezionalità autolimitata: decisione isolata o affermazione di nuovi principi?* in *Foro amm.*, 1997, 815 ss.

A. UBALDI, *Procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara tra discrezionalità tecnica e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. – CdS*, 2013, 2724 ss.

A. VACCA, *L'aggiudicazione di contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ex art. 57, 2 comma, lett. b), d. lgs. n. 163/2006: breve nota esplicativa tecnico-pratica*, in *Contr. St. enti pubbl.*, 2011, 365 ss.

SITOGRAFIA

AGENZIA DIGITALE: <https://www.agendadigitale.eu/>

ALTALEX: <http://www.altalex.com/>.

ANAC: <https://www.anticorruzione.it/>

APPALTI & CONTRATTI: <https://www.appaltiecontratti.it/>

DARWINBOOKS: <https://www.darwinbooks.it/>

DE JURE: <https://dejure.it/#/home>

ENTI ONLINE: <https://www.entionline.it/ita/>

ITALGIUREWEB: <https://www.italgiure.giustizia.it/>

LEXITALIA: <https://lexitalia.it/a/>

MY DESK 24 SOLE 24 ORE PROFESSIONALE: <https://24oreprofessionale.ilsole24ore.com/>

ONE PA: <https://www.wolterskluwer.com/it-it/solutions/one/onepa>

OPEN BDAP: <https://openbdap.rgs.mef.gov.it/>

SISTEMA PA: <https://www.sistemapa.it/>

TORROSSA RIVISTE ONLINE <https://www.torrossa.com/>

TRECCANI <http://www.treccani.it/>

UNIONE EUROPEA – sito ufficiale <http://europa.eu/>

NORMATIVA

Decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209, *Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.*

Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, *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.*

Legge 23 dicembre 2021, n. 238, *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2019-2020.*

Decreto-Legge 31 maggio 2021, n. 77, *Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure* (cd. Decreto semplificazioni bis).

Decreto-Legge 16 luglio 2020, n. 76, *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale* (cd. Decreto semplificazioni).

Decreto-Legge 18 aprile 2019, n. 32, *Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici* (cd. Decreto Sblocca cantieri).

Decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, *Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (cd. Correttivo)*.

Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*.

Legge 28 gennaio 2016 n. 11, *Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*.

Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, *Sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*.

Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, *Sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE*.

Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, *Sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE*.

Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*.

Direttiva 2004/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, *che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali*.

Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 *relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*.

Legge 1° agosto 2002 n. 166, *Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti (cd. Merloni quater)*.

Decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 *Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni*.

Legge 18 novembre 1998, n. 415 *Modifiche alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici (cd. Merloni ter)*.

Legge 2 giugno 1995 n. 216 - *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 3 aprile 1995, n. 101, recante norme urgenti in materia di lavori pubblici (cd Merloni bis)*.

Decreto Legislativo 17 marzo 1995, n. 157, *Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi.*

Legge 11 febbraio 1994, n. 109, *La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici* (cd. legge Merloni).

Decreto Legislativo 24 luglio 1992, n. 358, *Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE.*

Regio Decreto 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato.*

Regio Decreto 18 novembre 1923, n. 2440, *Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato.*

GIURISPRUDENZA

Costituzione italiana

Corte costituzionale, 7 novembre 1995 n. 482

Consiglio di Stato

- Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2022 n. 6324;
- Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2022, n. 1108;
- Cons. Stato, Sez. V, 20 novembre 2020 n. 7239;
- Cons. Stato, Sez. III, 23 settembre 2019, n. 6302;
- Cons. Stato, Sez. III, 5 febbraio 2018, n. 748;
- Cons. Stato, Sez. III, 31 gennaio 2018, n. 641;
- Cons. giustizia amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 25 luglio 2017, n. 339;
- Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2014, n. 3997;
- Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2255;
- Cons. Stato, Sez. V, 2 novembre 2011, n. 5837;
- Cons. Stato, Sez. VI, 28 gennaio 2011, n. 642;

- Cons. Stato, Sez. VI, 11 maggio 2009, n. 2882;
- Cons. Stato, Sez. V, 24 aprile 2009, n. 2600;
- Cons. Stato, Sez. V, 7 novembre 2007, n. 5766;
- Cons. Stato, Sez. V, 27 ottobre 2005, n. 5996;
- Cons. Stato, Sez. V, 24 maggio 2004, n. 3386;
- Cons. Stato, Sez. VI, 28 giugno 1995 n. 649.

Tribunale amministrativo

- TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 2 dicembre 2024, n. 3956;
- TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 18 giugno 2024 n. 155;
- TAR Campania, Napoli, Sez. V, 4 aprile 2024, n. 2200;
- TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. II, 20 aprile 2023, n. 344
- TAR Lazio, Roma, Sez. II, 3 marzo 2022, n. 2568;
- TAR Liguria, Sez. I, 29 ottobre 2020, n. 742;
- TAR Puglia, Bari, Sez. II, 4 febbraio 2020, n. 175;
- TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 21 febbraio 2018, n. 500;
- TAR Campania, Napoli, Sez. V, 6 luglio 2017, n. 3641;
- TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 29 dicembre 2015, n. 1287;
- TAR Puglia, Lecce, Sez. II 29 gennaio 2015, n. 393;
- TAR Veneto, Sez. I, 14 maggio 2014, n. 633;
- TAR Lazio, Latina, Sez. I, 4 aprile 2011, n. 310;
- TAR Lazio, Sez. I, 18 febbraio 2009, n. 1656.

Corte di cassazione

- Cass. civ., Sez. I, 13 marzo 2024, n. 6757;

- Cass, pen., Sez. VI, 5 novembre 2020, n. 6603;
- Cass, pen., Sez. VI, 22 ottobre 2019, n. 1016;
- Cass, pen., Sez. VI, 13 febbraio 2019, n. 10016;
- Cass, pen., Sez. VI, 13 febbraio 2019, n. 10111;
- Cass, pen., Sez. VI, 5 aprile 2018, n. 29267;
- Cass, pen., Sez. VI, 13 aprile 2017, n. 9385;
- Cass. pen., Sez. VI, 16 febbraio 2017, n. 13431;
- Cass. pen., Sez. VI, 21 gennaio 2016, n. 8044;
- Cass. pen., Sez. VI, 2 dicembre 2014, n. 1;
- Cass. pen., Sez. VI, 13 marzo 2014, n. 32237;
- Cass. pen., Sez. VI, 23 ottobre 2012, n. 43800, in CED.

Corte dei conti

Corte dei conti, Sez. reg. di controllo Liguria, 10 novembre 2014, n. 64.

Corte di giustizia dell'Unione europea

- Corte giust. UE, Sez. VIII, 16 giugno 2022, in causa C-376/21;
- Corte giust. UE, Sez. III, 19 giugno 2008, in causa C-454/06;
- Corte giust. UE, Grande Sez., 8 aprile 2008, in causa C-337/05;
- Corte giust. UE, Sez. II, 14 settembre 2004, in causa C-385/02.

* Il presente approfondimento rappresenta una rielaborazione della tesina presentata nell'ambito della IV Edizione (a.a. 2023/2024) del Master Universitario di II° livello Teoria e Management degli Appalti Pubblici (TEMAP) presso la Libera Università Maria Ss. Assunta (LUMSA): Responsabile Scientifico *Prof. Avv. Angelo Rinella*; Direttore *Avv. Domenico Galli*; Coordinatore Scientifico *Avv. Adriano Cavina*.

[1] Tra gli autori propensi ad assimilare la procedura alla risalente trattativa privata, F. CARINGELLA-M. PROTTO, *Codice e regolamento unico dei contratti pubblici*, Giuridica Editore, 2011, 445; E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano Giuffrè 2011, 148; spostano invece l'attenzione sugli elementi di discontinuità, R. DI PACE, *Tipologie di procedimenti*, in S. FANTINI-H. SIMONETTI (a cura di) *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine (D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36)*, Fascicolo speciale n. 1 /2023 della rivista Il Foro Italiano, 2023, 120 ss.

[2] *Nomos*, le attualità nel diritto di E. CARDI.

[3] Cfr. art 6 R.D. n. 2440/1923 e art. 41 R.D. n. 827/1924

[4] Relazione della Corte dei conti relativa all'esercizio finanziario 1990; A. MARI, *Gli appalti pubblici senza gare*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1995, 193 ss.

[5] V. art 12 della L. 3 gennaio 1978 n. 1; art, 13 della L. 10 dicembre 1981, n. 741, considerato illegittimo dalla Corte di giustizia europea; art. 27 della L. 28 febbraio 1985, n. 47; art. 1 della L. 11 novembre 1986, n. 770.

[6] V. legislazione sulla ricostruzione post-sismica e sui mondiali di calcio del 1990.

[7] Sulla disciplina nazionale più restrittiva della trattativa privata rispetto al diritto comunitario,

si è espressa la Corte costituzionale con decisione 7 novembre 1995 n. 482, stabilendo che la stessa non è in contrasto *ex se*, con il diritto comunitario, in quanto maggiormente garantista del principio di concorrenza, in coerenza con gli obiettivi del legislatore europeo.

[8] Sul punto V. art. 24, L. n. 109/1994 e art. 78 D.P.R. n. 554 del 1999 recante il “*Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni*”.

[9] Legge 18 novembre 1998, n. 415, cd. Merloni ter e Legge 1°agosto 2002, n. 166, cd. Merloni quater.

[10] D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

[11] G. URBANO, “*La disciplina dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e misure anticrisi*”, in *Nel diritto.it*.

[12] La giurisprudenza, infatti ha sempre ammesso la possibilità che la trattativa privata fosse preceduta da gare informali, osservando che si parlava di gara informale non perché la stessa fosse priva di forme tipiche, ma perché la sua forma non era predeterminata da una norma, ma definita di volta in volta dall’amministrazione precedente, che al fine di autolimitare il proprio potere discrezionale, faceva precedere le procedure negoziali da gare ufficiose. V. Cons. Stato, Sez. VI, 28 giugno 1995, n. 649, in *Foro amm.*, 1995, 1291.

[13] R. DE NICTOLIS, *Procedure negoziate con e senza bando*, Relazione tenuta al Convegno “L’amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento; il codice dei contratti e la riforma Madia” tenutosi presso il TAR Lecce il 28-29 ottobre 2016, i cui atti sono stati pubblicati nella collana della Facoltà di giurisprudenza dell’Università del Salento a cura del prof. P.L. PORTALURI.

[14] Cons. Stato, Sez. V, 7 novembre 2007, n. 5766.

[15] Relazione illustrativa al Codice dei contratti pubblici D.Lgs. n. 36/2023.

[16] In questo senso Cons. Stato, Sez. III, 31 gennaio 2018, n. 641, secondo cui: “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”. Si veda anche CGCE 8 aprile 2008, C-337/05

[17] La mancata presentazione di domande di partecipazione legittima il ricorso alla procedura di cui trattasi, come già previsto dall’art. 41, r.d. n. 827 del 1924, il quale ammetteva detta possibilità in caso di incanti e licitazioni andati deserti o per i quali si avessero “*fondate prove*” per ritenere l’infruttuosità degli stessi.

[18] È stato recentemente evidenziato che (Corte giust. UE, Sez VIII, 16 giugno 2022, in causa C-376/21), che gli operatori economici venuti meno ai propri obblighi di diligenza per non aver presentato un’offerta appropriata in una procedura aperta o ristretta, non possono imporre

all'amministrazione aggiudicatrice, nell'ambito della successiva procedura negoziata senza previa pubblicazione, di avviare negoziazione con loro medesimi. Infatti, essi ben potevano presentare un'offerta nell'ambito della precedente procedura aperta o ristretta, e in tale contesto, pertanto, beneficiare pienamente dei principi di uguaglianza, non discriminazione, trasparenza e di proporzionalità.

[19] Cfr. CGUE, Sez. VIII, 16 giugno 2022, cit.

[20] V. in tal senso, in particolare, CGUE, 19 giugno 2008, *presstext Nachrichtenagentur*, in causa C-454/06, punti da 34 a 37.

[21] È stato ritenuto legittimo il ricorso alla procedura negoziata senza bando se le cause di urgenza ed emergenza sono dovute all'intervenuta risoluzione per inadempimento con il precedente affidatario che ha determinato la stazione appaltante ad affidarlo interinalmente per evitare l'interruzione del servizio, così TAR Puglia, Bari, Sez. II, 4 febbraio 2020, n. 175.

[22] Nemmeno come conseguenza di inadeguatezze organizzative o programmatiche; in tal senso tra le molte, Cons. Stato, Sez. VI, 11 maggio 2009, n. 2882; Cons. Stato, Sez. V, 27 ottobre 2005, n. 5996; TAR Campania, Napoli, Sez. V, 6 luglio 2017, n. 3641.

[23] In tal senso, il TAR Campania, Napoli, Sez. V, 4 settembre 2024, n. 2200 ha ritenuto legittimo il ricorso alla procedura ex art. 76 comma 2, lett. c) del Codice da parte dell'Azienda Sanitaria *"poiché la necessità della gara-ponte è stata innescata dall'improcrastinabile esigenza di risolvere una situazione eccezionale, non dipendente dal suo operato, consistente nella riorganizzazione regionale del sistema di cure domiciliari, volta a conseguire una preventiva qualificazione dei soggetti erogatori del servizio. Per evitare che tale scelta*

macro-organizzativa del sistema sanitario regionale si risolvesse in un pregiudizio per la continuità nella somministrazione di un servizio di cura essenziale della persona, e per evitare, d'altro canto, che nelle more della scelta regionale risultasse avvantaggiato il solo gestore uscente, in violazione del principio apicale di concorrenza, correttamente l'ASL ha attivato la procedura d'urgenza volta alla stipulazione di un contratto ponte, così da assicurare il contemperamento tra l'esigenza di ricorrere al mercato, sebbene non nella sua piena concorrenzialità, con quella di non interrompere il servizio, stante l'impossibilità giuridica, di una proroga, non meramente tecnica, ovvero di un rinnovo contrattuale senza gara in favore dell'attuale affidatario. Parimenti, prevedendo un limite temporale contenuto (sei mesi) alla durata del contratto-ponte, ha evitato che un ordinario e diverso affidamento potesse pregiudicare o ritardare la piena attuazione delle innovative scelte regionali di riorganizzazione del servizio".

[24] Le disposizioni, recate nei D.L. nn. 76 del 2020 e 77 del 2021, suscettibili di influire maggiormente sull'articolato erano, in particolare, le seguenti: art. 2, comma 3, del D.L. n. 76 del 2020; artt. 48, comma 3, 53, comma 1 e 54, comma 2 ter, del D.L. n. 77 del 2021.

[25] Cfr. Relazione illustrativa al Codice dei contratti pubblici D.Lgs. n. 36/2023

[26] Il comma specifica, però, che il ricorso alla procedura derogatoria non è ammesso nei casi in cui la produzione sia finalizzata ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzarne i relativi costi di ricerca e sviluppo.

[27] Cfr. TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 29 gennaio 2015, n. 393, interpretando l'art. 63 del previgente Codice del 2006, ha ravvisato la legittimità della procedura negoziata senza bando nel caso in cui si è reso necessario il completamento della digitalizzazione di tutti i UU.OO. del reparto di radiologia, assicurando *"una perfetta integrazione fra tutte le apparecchiature ed i sistemi presenti nella Asl."*

[28] Sul punto, Cfr. Cons. giust. Amm., sez. giurisd., 25 luglio 2017, n. 339; TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 29 dicembre 2015, n. 1287.

[29] Si segnala che l'art. 46, comma 3 del codice prevede che: *“Il bando del concorso può prevedere che il progetto esecutivo sia affidato con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando”*.

[30] Sul punto ANAC nella Delibera del 25 gennaio 2023, n. 27, ha chiarito, in linea con *“diversi precedenti”* (ex multis delibera n. 117 del 3 febbraio 2016), *che la possibilità di riaffidare analoghi servizi all'operatore economico selezionato con gara secondo le modalità dell'art. 57, comma 5, lett. b) del d.lgs. n.163/2006, deve essere espressamente prevista nel contratto medesimo e presuppone la sussistenza di “tutte le condizioni di legittimità disciplinate dalla suddetta disposizione normativa”*. Del resto, come confermato da granitica giurisprudenza formatasi sul punto, il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando per la ripetizione di servizi analoghi è legata alla ricorrenza degli stringenti presupposti, richiamati dalla norma, i quali devono ricorrere tutti cumulativamente.

[31] Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2014, n. 3997; *Id.*, 30 aprile 2014, n. 2255.

[32] Cfr. Corte giust. UE. Sez. II, 14 settembre 2004, in causa C-385/02.

[33] Così Cons. Stato, Sez. V, 24 aprile 2009, n. 2600, che richiama la precedente Cons.

Stato, Sez. V, 24 maggio 2004, n. 3386.

[34] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 28 gennaio 2011, n. 642.

[35] Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 novembre 2011, n. 5837.

[36] Corte giust. UE, Grande sez., 8 aprile 2008, in causa C-337/05.

[37] Cfr. Considerando 50, Direttiva 2014/24/UE

[38] A tal proposito si veda, l'ANAC, nella Delibera n. 548 del 13 luglio 2021, relativa all'affidamento dell'opera di progettazione definitiva-esecutiva di un intervento di recupero e riqualificazione edilizia di un edificio storico, in cui il carattere di unicità e pregio dell'opera non è stato considerato sufficiente a giustificare l'infungibilità, potendosi al riguardo attivare la procedura del "concorso di progettazione" o del "concorso di idee" di cui all'art. 23, comma 2 D.Lgs. n. 50/2016.

[39] Cass. civ., Sez. I, 13 marzo 2024, n. 6757.

Nello stesso senso si veda, anche la Delibera Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo Liguria n. 64/2014, che in merito al quesito se *"sia possibile procedere all'affidamento diretto mediante trattativa privata senza pubblicazione di bando qualora si intenda organizzare un evento con*

un determinato artista curato in esclusiva da un'agenzia di spettacoli non iscritta al MEPA" esprime risposta positiva, in quanto "si deve rilevare come la prestazione artistica non possa rientrare di per se? nella materia dell'appalto dei servizi, costituendo una prestazione di opera professionale disciplinata dall'art. 2229 c.c." e "quand'anche si dovesse ritenere che la stessa possa rientrare tra gli appalti di servizi, [...] è di tutta evidenza che l'infungibilità della prestazione artistica rende la medesima inidonea ad essere oggetto di procedure comparative o elettroniche".

Sul punto si veda anche Cons. Stato, Sez. VI, 20 luglio 2022 n. 6324, che ha ritenuto legittimo l'affidamento da parte del Comune di Bressanone del progetto elaborato da André Heller relativo alla riqualificazione dell'Hofburggarten di Bressanone, ai sensi dell'art. 63 del D.lgs n. 50/2016 e ss.mm.ii. trattandosi, nella specie, non di un appalto pubblico di servizi ma dell'acquisizione di un'opera d'arte unica che può essere acquistata esclusivamente dall'artista che ne è autore. E ciò, anche quando l'opera di André Heller non rientra tra le opere protette dal diritto d'autore come elencate dalla 'articolo 2 della legge 633/1941 («Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio»), secondo cui sono protette le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.

[\[40\]](#) Sul punto, vedasi anche la sentenza del TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 21 febbraio 2018, n. 500, che affronta la medesima questione di merito ma partendo da una situazione opposta, ovvero il caso in cui una P.A. aveva esperito una gara salvo poi, venuta a conoscenza della presenza di un diritto d'esclusiva del prodotto messo in gara, annullare la procedura per affidare in via diretta la fornitura all'esclusivista. Il TAR Milano annulla tale affidamento diretto affermando che: *"L'esistenza di un diritto esclusivo non implica necessariamente che il bisogno del contraente non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altri prodotti".*

[\[41\]](#) Linee Guida ANAC, 13 settembre 2017, n. 8 *"Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili".*

[42] Per diritto esclusivo si intende «*il diritto concesso da un'autorità competente mediante una disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa pubblicata compatibile con i Trattati, avente l'effetto di riservare a un unico operatore economico l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività*» (art. 3, lett. III, d.lgs. 50/2016); per diritto speciale si intende «*il diritto concesso da un'autorità competente mediante una disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa pubblicata compatibile con i trattati avente l'effetto di riservare a due o più operatori economici l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività*; Per diritto esclusivo si intende il diritto costituito per legge, regolamento o provvedimento amministrativo avente l'effetto di riservare ad uno o più soggetti l'esercizio di una certa attività» (art. 3, lett. mmm, d.lgs. 50/2016).

[43] Sul punto, l'ANAC precisa che: «*la stazione appaltante deve valutare se ricorrono i presupposti per l'utilizzo della procedura di cui all'art. 63 d.lgs. 50/2016 nel caso in cui la stessa abbia già acquistato un'apparecchiatura - per la quale il produttore dichiara formalmente di essere l'unico a effettuare l'assistenza tecnica - ma vi siano altri operatori economici che dimostrano di possedere i requisiti tecnici necessari per effettuare la medesima assistenza ovvero nel caso in cui possa utilizzare materiali di consumo "compatibili", se il produttore di questi ultimi certifica che sono utilizzabili sull'apparecchiatura in questione. In tali ipotesi, infatti, sarebbe astrattamente possibile per l'amministrazione rivolgersi a più operatori economici, ma stante le dichiarazioni del produttore, non è detto che la stessa otterrebbe il medesimo grado di qualità delle prestazioni; tuttavia, l'eventuale minor qualità potrebbe essere compensata da un costo più basso*».

[44] Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 novembre 2020 n. 7239

[45] Seguendo sul punto le indicazioni dell'ANAC, dovuta all'impossibilità di recuperare gli investimenti iniziali perché il cambio del fornitore avrebbe l'effetto di condurre alla perdita degli stessi (*sunk cost*) ovvero ai lunghi e costosi processi di apprendimento (*learning*) per l'utilizzo ottimale di un bene che sarebbero persi in caso di cambio di fornitore.

[46] Secondo la Commissione Europea, si verifica lock-in “(...) *quando l’amministrazione non può cambiare facilmente fornitore alla scadenza del periodo contrattuale perché non sono disponibili le informazioni essenziali sul sistema che consentirebbero a un nuovo fornitore di subentrare al precedente in modo efficiente*” (cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, “Contro il lock-in: costruire sistemi TIC aperti facendo un uso migliore degli standard negli appalti pubblici, Com (2013) 455 final del 25 giugno 2013”).

[47] I “motivi tecnici” adottati non sono oggettivi – ossia giustificati da insormontabili difficoltà tecniche causate dall’applicazione delle norme tecniche recanti misure di sicurezza in materia di operazioni di volo, gestione di equipaggi e manutenzione dei velivoli – ma soggettivi, ossia legati alla dotazione di mezzi del Nucleo elicotteri e alla connessa organizzazione del servizio di elisoccorso. L’ente non ha motivato in ordine all’inesistenza di “soluzioni alternative ragionevoli”, come richiesto dall’art. 63, comma 2, lett. b), D.Lgs. n. 50 del 2016, essendosi limitato ad addurre considerazioni di natura essenzialmente economica, non avvalorate peraltro da una attenta ed imparziale valutazione comparativa di tutte le possibili alternative in materia di dotazione della flotta e di organizzazione del servizio.

[48] Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014

[49] Cfr. Linee Guida ANAC n. 8 Relazione AIR

[50] Come ricorda l’Agenzia per l’Italia Digitale (AGID) nel parere reso sulle Linee Guida ANAC n. 8, la Commissione Europea, nel documento quadro *European Interoperability Framework*, [versione attuale, COM(2010)744], che mira a potenziare l’interoperabilità dei servizi pubblici nell’Unione Europea, afferma che: “*L’agenda digitale può decollare solo se è garantita un’interoperabilità basata su standard e piattaforme aperte*”. I sistemi basati su standard e piattaforme aperte sono, per l’appunto, quelli che meno si prestano all’attuazione di strategie finalizzate al *lock-in*.

[\[51\]](#) TAR Lazio, Latina, Sez. I, 4 aprile 2011, n. 310

[\[52\]](#) TAR Veneto, Sez. I, 14 maggio 2014, n. 633.

[\[53\]](#) TAR Lazio, Sez. I, 18 febbraio 2009, n. 1656

[\[54\]](#) In sintonia con quanto già previsto dall'art. 63 del D.Lgs. n. 50/2016. L'art. 32 della Direttiva 2014/24/UE non contiene previsioni analoghe, prescrivendo invece che la motivazione accompagni l'aggiudicazione (All. V, parte D, n.7). La relazione illustrativa del codice attuale, segnala, però che, a dispetto del silenzio dell'art. 32 della direttiva, un riferimento esplicito ad un onere motivazionale si ritrova nel considerando n. 50 e nell'art. 84 del testo europeo.

[\[55\]](#) Cons. Stato, Sez. III, 23 settembre 2019, n. 6302.

[\[56\]](#) Cfr. Parere reso dalla Sezione Consultiva del Consiglio di Stato per gli atti normativi del 17 gennaio 2019.

[57] Cfr. Delibera ANAC, 27 gennaio 2021, n. 83.

[58] Cfr. Delibera ANAC, 16 novembre 2022, n. 537.

[59] cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 3 marzo 2022, n. 2568.

[60] Si veda sul punto la Delibera ANAC 23 aprile 2024, n. 218, in cui è stato dato atto che la “*giustificazione*” adottata dalla Provincia di Venezia per l’affidamento di un servizio a un “*esecutore determinato*” – avvenuto a seguito di “*consultazioni di mercato*” per “*acquisire informazioni tecniche per gli appalti che presentano caratteri di novità*” e verificare nel caso “*l’eventuale infungibilità*” – era conforme al quadro normativo di riferimento per aver acquisito dalle procedure di consultazione evidenza delle “*caratteristiche tecniche infungibili e non surrogabile da tecnologia alternative*”.

[61] Cons. Stato, Sez. V, 20 novembre 2020, n. 7239

[62] Cfr. Linee Guida ANAC n. 8/2017

[63] Il D.Lgs. n. 163/2006 prevedeva l’obbligo di ricorrere alla preventiva programmazione dei fabbisogni soltanto per la realizzazione di lavori pubblici di importo superiore a 100.000 euro, ma non servizi e forniture. In assenza di previsione specifica, l’ANAC ha più volte sottolineato la centralità della programmazione anche per servizi e forniture, al fine di garantire l’apertura

dei mercati e la prevenzione della corruzione. L'importanza della programmazione per l'acquisizione di beni e servizi è stata definitivamente riconosciuta dal D.Lgs. n. 50/2016: le amministrazioni aggiudicatrici devono adottare un programma biennale per l'acquisto di beni e servizi di importo stimato pari o superiore ai 40.000 euro e procedere

poi a successivi aggiornamenti annuali degli stessi. Con il nuovo Codice, D.Lgs. n. 36/2023, è stato armonizzato il periodo oggetto di programmazione, che è il triennio tanto per i lavori, quanto per gli acquisti e i servizi. Quanto alle soglie dimensionali per l'inserimento nei documenti di programmazione, l'art. 37 del Codice, esonera le Amministrazioni dall'inserire nel programma triennale dei lavori, e nei relativi aggiornamenti annuali, le opere il cui valore sia inferiore alla soglia di cui all'art. 50, co. 1, lett. a), pari a 150.000, e gli acquisti di beni e servizi il cui valore sia inferiore a 140.000, ex art. 50, co. 1, lett. b).

[64] Cfr. Linee Guida ANAC n. 8/2017 secondo cui: *“Il ciclo di vita comprende tutte le fasi consecutive o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, smantellamento e fine del servizio”*.

[65] Così la Relazione al Codice, p. 116.

[66] *“Riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali”*.

[67] L'art. 92, R.D. n.827/1924 definiva la vecchia trattativa privata come l'affidamento che *“ha luogo quando dopo aver interpellato, se ciò si ritenuto conveniente, più persone o ditte, si tratta con una di esse”* e nulla specificava in punto di ulteriori regole da seguire – al netto dei presupposti per fare ricorso a tale metodo di scelta – per l'individuazione del privato contraente.

[68] Tenuto conto che: “ *L’istituto in esame trova applicazione in fattispecie in cui la gara, talvolta, non è in astratto configurabile (si pensi, ad esempio, alle ipotesi codificate in cui le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico), talaltra non è in concreto praticabile (si pensi, ad esempio, all’urgenza qualificata dall’art. 64, comma 2, lett. c), che potrebbe anche impedire un previo confronto concorrenziale ove incompatibile con la tempistica dell’esecuzione della commessa). Per l’effetto, attraverso la clausola di salvaguardia in esame, si rimette alla valutazione concreta di ogni Amministrazione aggiudicatrice la possibilità di indire una gara informale ai fini della selezione del contrente affidatario della commessa.*”, così la Relazione illustrativa, p. 116.

[69] “*Ripristinandosi anche in tale ipotesi il numero minimo di tre previsto dall’art. 57, comma 6, del decreto legislativo n. 163 del 2006, idoneo ad assicurare l’effettività del confronto concorrenziale*”, così la Relazione illustrativa, 116.

[70] La sanzione è quella della reclusione da sei mesi a cinque anni e della multa da euro 103 a euro 1.032. La sanzione è la reclusione da uno a cinque anni e la multa da euro 516 a euro 2.065, laddove il colpevole è persona preposta dalla legge o dall’Autorità agli incanti o alle licitazioni private

[71] *Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia.*

[72] Cass. pen., Sez. VI, 22 ottobre 2019, n. 1016; *Id.*, 13 febbraio 2019, n. 10016; *Id.*, 13 febbraio 2019, n. 10111; *Id.*, 16 febbraio 2017, n. 13431; *Id.*, 2 dicembre 2014, n. 1; *Id.*, 23 ottobre 2012, n. 43800.

[73] La Corte d'Appello di Trento aveva confermato la sentenza con cui tre imputati – il dirigente dell'Agenzia Unica Emergenza presso il Dipartimento protezione della Provincia Autonoma di Trento, il dirigente dell'ente pubblico contraente e il titolare dell'impresa, controparte privata – erano stati condannati per aver turbato, al fine di condizionare la scelta del contraente, il procedimento diretto alla stipulazione del contratto riguardante la realizzazione e posa in opera di un sistema di sicurezza. Più nello specifico, gli imputati erano accusati di aver fatto ricorso a collusioni e mezzi fraudolenti consistenti: a) nella scelta, previamente concertata tra di loro, di affidare l'incarico a una determinata impresa; b) nella descrizione delle prestazioni sulla base delle indicazioni e del previo concerto con l'impresa stessa; c) nell'esclusione di forme di pubblicità o richiesta di offerta o partecipazione alla fase negoziale di altri possibili concorrenti; d) nell'artata configurazione di una situazione di urgenza, che avrebbe legittimato il ricorso all'affidamento diretto, in luogo dell'indizione di una gara, con pubblicazione del bando o comunque con richieste di offerte a più concorrenti da individuarsi secondo criteri oggettivi. La Corte d'Appello aveva confermato la sentenza di primo grado, ritenendo configurabile il delitto di cui all'art. 353-bis c.p. anche nei casi in cui la condotta perturbatrice sia finalizzata non a turbare una gara, ma a evitarla, come nel caso di specie, nel quale vi era stato un illegittimo affidamento diretto, motivato da una inesistente situazione di urgenza.

[74] Caso Maroni, Cass. pen., Sez. VI, 5 novembre 2020, n. 6603, sul conferimento di un incarico di consulenza retribuita da parte di EUPOLIS, ente per la ricerca, la statistica e la formazione della Regione, sulla base di una procedura di gara ritenuta "confezionata", sul profilo professionale di un determinato soggetto.

[75] Sul punto: Cass. pen., Sez. VI, 21 gennaio 2016, n. 8044; Cass. pen., Sez. VI, 13 aprile 2017, n. 9385.

[76] In un caso relativo ad ipotesi di reato realizzate nell'ambito della «*procedura di assegnazione di aree demaniali marittime ricadenti nel c.d. "compendio Multipurpose" del Porto di Genova*», la Cass. pen., Sez. VI, 13 marzo 2014, n. 32237 ha precisato che: «*Il presupposto dell'interpretazione estensiva dell'art. 353 c.p., deve ricercarsi nella presenza di "qualificanti forme procedimentali", nel senso che, in loro difetto, nonostante l'interpello di più*

soggetti, non è prestabilito alcun meccanismo selettivo delle offerte e non viene in rilievo alcuna forma di competizione e di concorrenza tra gli offerenti, si rimane al di fuori dello schema concettuale della "gara" e si è in presenza di una semplice comparazione di offerte, che la P.A. è libera di valutare come meglio crede, sia pure attraverso un contestuale esame delle stesse. La possibilità di turbare la gara, dunque, esiste solo laddove c'è la possibilità di influenzare negativamente il regolare funzionamento di questo meccanismo; se esso manca, non essendovi una gara, dovrà necessariamente escludersi una sua turbativa».

[77] Cass. pen., Sez. VI, 16 febbraio 2017, n. 13431.

[78] Si veda in tal senso Cass. pen., Sez. VI, 5 aprile 2018, n. 29267.

[79] R. DE NICTOLIS, *I Nuovi appalti pubblici*, Torino, 2017

[80] F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Codice e Regolamento unico dei contratti pubblici*, 2011.

[81] S. BARDELLONI, *Procedura negoziata senza previa indicazione di gara*, in A. CANCRINI, C. FRANCHINI, S. VINTI, *Codice degli appalti pubblici*, 2014.

[82] M. BERSI, R. DAMONTE, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice dei contratti pubblici*, Molfetta, 2017.

[83] A. CARULLO, G. IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Milano, 2018.

[84] F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il Codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, 2017.

[85] Comunicato ANAC del 24 giugno 2024 recante “*Chiarimenti in merito al principio di rotazione degli affidamenti*”.

[86] TAR Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 18 giugno 2024 n. 155, in merito alla concessione del servizio di rimozione, trasporto, deposito e custodia dei veicoli rimossi dalle aree pubbliche o private ad uso pubblico, sul territorio del Comune di Reggio Emilia, nei casi previsti dal codice della strada e da ogni altra norma di riferimento in materia

[87] Anche relativa alle procedure c.d. emergenziali ex D.L. 76/2020: Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2022, n. 1108; TAR Liguria, Sez. I, 29 ottobre 2020, n. 742

[88] TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. II, 20 aprile 2023, n. 344: “*Il valore della concessione non può essere ancorato ad un parametro – quello del canone di concessione (...), l’importanza dell’esatta determinazione del valore dell’affidamento assume, pertanto, una ancor più significativa rilevanza in un caso, come quello in esame, in cui tale valore abbia*

costituito il presupposto della scelta di disporre un affidamento diretto ai sensi dell'art. 36 comma 2, lett. a) del D.lgs. n. 50/2016".

[\[89\]](#) Parere Servizio Supporto Giuridico del MIT, n. 2409 del 17 aprile 2024.

[\[90\]](#) Parere Servizio Supporto Giuridico del MIT, n. 2441 del 17 aprile 2024.

[\[91\]](#) Il primo comma lettera c) dell'art. 78 del D.Lgs. n. 209/2024 prevede che l'attuale comma 5, dell'articolo 5 dell'allegato II.4, che attualmente dispone che *"Ai fini dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti di concessione e di partenariato pubblico privato di qualsiasi importo, le stazioni appaltanti devono possedere almeno una qualificazione di livello SF2 e garantire la presenza di un soggetto con esperienza di tre anni nella gestione di piani economici e finanziari e dei rischi"* venga sostituito con: *"Ai fini della progettazione e dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti di concessione e di partenariato pubblico privato di importo a base di gara pari o superiore a 140 mila euro, gli enti concedenti devono possedere almeno una qualificazione di livello SF2 e garantire la presenza di un soggetto con esperienza di tre anni nella gestione di piani economici e finanziari e dei rischi."*

[\[92\]](#) Stefano Usai *"Correttivo codice appalti: la micro-soglia per le concessioni e la problematica dell'affidamento diretto"* del 26 novembre 2024