

Le procedure negoziate dal Codice alla legge 120/2020

A domanda Risponde Stefano USAI

28 gennaio 2021 dalle ore 15.00 alle 16.00

Quesiti

- QUAL È LA DIFFERENZA TRA AFFIDAMENTO PREVIA RICHIESTA DI PIÙ PREVENTIVI E LA "PROCEDURA NEGOZIATA"?
- *Quanto alle modalità di espletamento delle procedure negoziate, si evidenzia che esse si articoleranno in due fasi:*
 - 1) *una prima fase di scelta, da parte delle stazioni appaltanti, degli operatori da invitare al confronto competitivo mediante lo svolgimento di indagini di mercato (preordinate a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento) oppure previa consultazione di elenchi di operatori economici;*
 - 2) *una seconda fase, che vede il confronto competitivo tra gli operatori economici selezionati e invitati e che si conclude con la scelta dell'affidatario.*

Quesiti

- DOVREMMO PROCEDERE CON URGENZA AD UN AFFIDAMENTO DI SERVIZIO DI SOMMINISTRAZIONE LAVORO. VORREMO SAPERE QUALE PROCEDURA SEGUIRE POSTO CHE VORREMO FAR PRECEDERE LA GARA DA UN INDAGINE DI MERCATO CON MANIFESTAZIONE DI INTERESSE.
- IN CASO DI AFFIDAMENTO DIRETTO, PRECEDUTO DA UNA INDAGINE DI MERCATO, È POSSIBILE PROCEDERE, IN CASO DI PIÙ OPERATORI, A NEGOZIARE CON UN UNICO OPERATORE?

QUESTE PROCEDURE POSSONO ESSERE PROCEDUTE DA MANIFESTAZIONI DI INTERESSE. O SI PUÒ PROCEDERE DIRETTAMENTE?

- AFFIDAMENTO SERVIZI ASSISTENZA INFORMATICA - **IMPORTO 73 MILA EURO COMPLESSIVO PER 36 MESI** - È POSSIBILE AFFIDAMENTO DIRETTO? NEL 2021 **È NECESSARIO RISPETTARE IL PRINCIPIO DELLA ROTAZIONE?**

ILLUSTRAZIONE PROCEDURE NEGOZiate PER APPALTI DI LAVORI E SERVIZI DI INGEGNERIA E ARCHITETTURA

*(parere MIT 757/2020)

Quesiti

L'ART. 1 COMMA 2 PREVEDE PUBBLICAZIONE AVVISO RISULTATI DELLA PROCEDURA CON INDICAZIONE SOGGETTI INVITATI. NON OBBLIGATORIA PER AFFID. INFERIORI AD 40.000. **COME POSSO FARE AFFIDAMENTO DIRETTO TRA 40 E 150 MILA SE HO OBBLIGO DI INDICARE SOGGETTI INVITATI?**

Quesiti

• **CHI DECIDE** LA PROCEDURA DA ADOTTARE OPPURE LE DITTE DA INVITARE A GARA PER L'AFFIDAMENTO DI SERVIZI, LAVORI, ECC? IL RUP OPPURE IL RESPONSABILE (DIRIGENTE) DEL SETTORE DI COMPETENZA? QUALORA CHIARAMENTE LE DUE FIGURE NON COINCIDESSERO.

NELLA DETERMINA A CONTRARRE IL RUP SCEGLIE LA MODALITÀ INERENTE LA PROCEDURA DI SCELTA DEL CONTRAENTE - **NEL CASO DI PROCEDURA DI AFFIDAMENTO DIRETTO PREVIO RICHIESTA DI PREVENTIVO, BISOGNA INSERIRE I NOMINATIVI DELLE IMPRESE DA INVITARE ALLA GARA PRESUMO ... È CORRETTO ?**

Quesiti

- LE FASI DELLE DETERMINE QUANDO C'È UNA GARA DA ESPERIRE SONO LE SEGUENTI DUNQUE:
DETERMINA A CONTRARRE (AVVIO DEL PROCEDIMENTO) IN CUI SI SCELGONO PROCEDURA E DITTE DA INVITARE, PROCEDURA TELEMATICA CON GARA (AD ES. AFFIDAM. DIRETTO O NEGOZIATA), DETERMINA DI **AGGIUDICAZIONE NON EFFICACE ALLA DITTA RISULTATA VINCITRICE, CONTROLLO VERIFICA REQUISITI**, DETERMINA DI PRESA D'ATTO EFFICACIA DELL'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA, DETERMINA IMPEGNO DI SPESA, **VERBALE CONSEGNA ED INIZIO LAVORI**; HO CAPITO BENE ?

Quesiti

- ALLA LUCE DELLA LEGGE 120/2020 LE PROCEDURE ORDINARIE (PROCEDURA APERTA) SONO COMUNQUE UTILIZZABILI? IN CASO AFFERMATIVO VA MOTIVATO IL RICORSO ALLE STESSE?
- QUAL È LA MODALITA' DI CONTROLLO E VERIFICA REQUISITI OPERATORI ECONOMICI?
- L'AFFIDAMENTO DIRETTO PER UN SERVIZIO TECNICO AL DI SOTTO DI € 75000,00 PUÒ ESSERE AGGIUDICATO COL MINOR PREZZO STANTE L'ARTICOLO 95 COMMA 3 LET. B) CHE PREVEDE OEPV IN CONTRASTO CON IL CONCETTO DI AFFIDAMENTO DIRETTO.

Art. 1, Codice dei contratti

- uuu) «procedure negoziate», le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti **consultano** gli operatori economici **da loro scelti e negoziano con uno** o più di essi le condizioni dell'appalto;

Art. 1, comma
2, lett. b) –
terzo periodo -

*Le stazioni appaltanti danno
evidenza dell'avvio delle
procedure negoziate di cui alla
presente lettera tramite
pubblicazione di un avviso nei
rispettivi siti internet
istituzionali.*

Chiarimento MIT 523/2021

al fine di garantire la più ampia trasparenza dell'azione amministrativa e come necessario contrappeso l'innalzamento delle soglie di riferimento e alla relativa riduzione del numero di operatori da consultare, impone specifici obblighi in capo alle stazioni appaltanti, che devono dare evidenza sia dell'avvio delle procedure negoziate di cui all'articolo 1, comma 2, lettera b), del decreto-legge in oggetto, sia dei risultati della procedura di affidamento, con la precisazione che solo quest'ultimo avviso conterrà anche l'indicazione dei soggetti invitati.

Chiarimento MIT 523/2021

Pertanto, nell'ipotesi in cui l'Amministrazione scelga di condurre un'indagine di mercato, la pubblicazione dell'avviso relativo all'avvio dell'indagine di mercato sul proprio sito istituzionale, di cui alle cennate Linee Guida, deve ritenersi, anche in ossequio alla finalità di semplificazione amministrativa che ispira l'intero decreto legge n. 76 del 2020, necessaria in quanto soddisfattiva dell'obbligo di pubblicazione di avvio della procedura previsto dal citato articolo 1, comma 2, lettera b).

Prima
questione

- **AVVISO A
MANIFESTARE
INTERESSE = AVVISO
DI TRASPARENZA!!!!**

Seconda questione: la scelta dall'albo interno

*Laddove, invece, la stazione appaltante decida di utilizzare elenchi, la stessa, in applicazione delle previsioni di cui al citato articolo 1, comma 2, è tenuta a dare immediata evidenza dell'avvio della procedura negoziata mediante la pubblicazione sul proprio sito istituzionale di uno specifico avviso, recante l'indicazione anche dei riferimenti dell'elenco da cui le imprese sono state scelte. Ciò, al fine di garantire **la massima trasparenza dell'azione amministrativa e di consentire, al contempo, nuove iscrizioni in detto elenco.***

Terza questione

- A) se il RUP non **PROCEDE CON LE** indagini di mercato?
- B) è possibile una procedura negoziata **SENZA INDAGINE DI MERCATO?**
- C) **L'INDAGINE DI MERCATO DEVE SEMPRE ESSERE FORMALIZZATA CON AVVISO DI AVVIO=A MANIFESTARE INTERESSE?**

Dal codice alla legge 120/2020

• Considerando “l’ordinamento” degli appalti (Codice + legge 120/2020 + linee guida ANAC + pareri del MIT + giurisprudenza) possiamo rinvenire tre **differenti fattispecie di procedure negoziate**:

1. Procedura negoziata facoltativa
2. Procedura negoziata con indagini informali
3. Procedura negoziata con indagini formali

La procedura
negoziata
facoltativa
ultra
semplificata

Lo spazio istruttorio per la procedura negoziata facoltativa **è rinvenibile nel *range* di importo entro cui è possibile l'affidamento diretto.** Pertanto, per facoltativa si intende (dobbiamo intendere) una procedura che si pone come alternativa all'affidamento diretto "secco" o puro che, pone, la questione della motivazione (da intendersi, in ogni caso, proporzionata/contextualizzata dal particolare periodo emergenziale).

RUP e affidamento diretto "puro" (Tar Liguria 742/2020...nes sun obbligo di gara...)

Il panorama normativo, escludendo le ipotesi di affidamento diretto caratterizzato dall'urgenza es. sulla base dell'articolo 63 del Codice, **consente "due" ipotesi *infra* 40mila euro dell'articolo 36** in cui si chiarisce che l'affidamento può avvenire anche senza confronto tra preventivi ed *infra* 75mila euro (per servizi e forniture compresi i servizi tecnici) e *infra* 150mila euro per i lavori. Per la fattispecie emergenziale non è stato richiamato l'ultimo inciso (art. 36), circostanza che ha determinato qualche dubbio sulla configurazione in termini di affidamento diretto puro. In realtà, la stessa ANAC, con il documento del 3 agosto di commento al DL 76/2020 ha confermato la fattispecie.

Nel range di importo predetto l'affidamento diretto rappresenta la procedura ordinaria

- L'affidamento diretto è un obbligo o una facoltà?
- - la legge lo esprime in tono perentorio (procedono)
- - si tratta di una facoltà (la legge 120/2020 introduce una deroga non sospende né abroga le norme del codice commi 2 artt. 36 e 157)

In realtà la domanda da porre è diversa

• Entro quanto tempo, nel *range* di importo in cui è consentito (anzi suggerito) l'affidamento diretto io RUP devo giungere ad **aggiudicazione**?

• ...2 mesi dall'adozione dell'atto che avvia il procedimento amministrativo

* *motivazione dello scostamento...*

** ***nel range di importo che consente AD la previsione del tempo è un falso problema..***

Procedura negoziata facoltativa ultra semplificata (il grado di formalizzazione lo decide il RUP) LG n.4

In questo ambito di importi, sicuramente il RUP potrà procedere con le indagini informali strutturando un **procedimento ad inviti** ipotizzando sia un confronto vero e proprio (con regole a monte) oppure una fattispecie semplificata sulla base dei preventivi. Le indagini informali, o meglio la struttura delle indagini viene chiarita, quanto a modalità di conduzione, nelle linee guida ANAC n. 4. Per gli acquisti *infra* 40mila euro (e si può ritenere anche estese agli importi di cui alla lettera a), comma 2, art. 1 della legge 120/2020 con preferenza, magari, del confronto tra più preventivi) l'autorità anticorruzione precisa che il RUP può ricorrere:

1. alla comparazione dei listini di mercato,
2. alla comparazione di offerte precedenti per commesse identiche o analoghe,
3. all'analisi dei prezzi praticati ad altre amministrazioni.

La motivazione sulla scelta

L'istruttoria del RUP deve essere fondata su una discrezionalità di tipo tecnico non soggettivo ..se vado a comparare listini o nelle vetrine del mercato elettronico mi farò guidare da riferimenti tecnici che mi consentono di individuare 3 soggetti con cui avviare una richiesta di preventivo ... oppure anche negoziare con uno solo a cui chiedere il preventivo ...

- * ovviamente facendo ROTAZIONE
- * DEROGA SOLO PER MICRO IMPORTI INFRA 5MILA EURO (Parere CdS 1312/2019)

Procedura
negoziata ad
indagini
informali senza
avviso
pubblico
(*) cambia la struttura
dell'indagine

L'indagine informale rappresenta (sempre secondo il MIT parere n. 524/2019) la modalità ordinaria per assegnare appalti di lavori nell'ipotesi (oggi derogabile) ex art. 36, comma 2, let.b) – NON ABROGATA ED UTILIZZABILE MA CON MOTIVAZIONE - prima parte e quindi per importi compresi tra i 40mila euro ed inferiori ai 150mila euro.

Secondo il MIT – nel parere appena citato -, i tre operatori, o meglio i tre preventivi da valutare possono essere reperiti dal RUP **senza necessità di adottare un avviso pubblico a manifestare interesse**, ovvero consultando banche dati, verificando l'esito di precedenti appalti anche di altre stazioni appaltanti (*).

Procedura negoziata senza avviso pubblico

- In pratica, il RUP potrebbe operare con una procedura negoziata ad inviti definita semplificata proprio perché **non preceduta da uno specifico avviso pubblico e fondata, essenzialmente, su indagini informali condotte secondo discrezionalità tecnica.**
- Il RUP in pratica **ha due possibilità:** o utilizzare il procedimento dell'articolo 36, con una adeguata motivazione ed il **riferimento normativo dovrà ben essere esplicitato nella determinazione a contrarre** o nell'atto a monte del procedimento (possibile ai sensi dell'articolo 32, comma 2 del Codice) oppure operare con la deroga e strutturando, se del caso, un procedimento ad inviti analogo (**senza avviso pubblico**).

Procedura negoziata senza avviso pubblico

L'utilizzo della **deroga**, consente, ad esempio di non applicare le disposizioni sulle garanzie (provvisorie e definitive, **praticamente senza motivazioni** e l'esecuzione in via d'urgenza generalizzata).

- Anche, e soprattutto, in questo caso, però, la procedura negoziata non esige affatto la pubblicazione dell'avviso pubblico e quindi **l'operato del RUP non potrà essere censurato per non aver proceduto con avviso**. L'avviso, semmai, potrebbe rappresentare quella "buona pratica" spesso evocata dall'ANAC.

L'affidamento
diretto
"mediato" per
beni e servizi
nella lett. b)
art. 36
40/sott.s

Per i servizi e forniture la questione
SEMBRA più complessa:

- art. 36, comma 2, lett. b) importi
40/sotto soglia ..si prevedono le indagini
di mercato o la scelta dell'albo (IL LEGIS.
PARLA DI AFFIDAMENTO DIRETTO
SIGH)
- art. 1, comma 2, lett. b) prevede 75/sott.
Soglia..procedura negoziata CON
AVVISO DI TRASPARENZA = AVVISO
PUBBLICO A MANIFESTARE INTERESSE
(...)

Parere MIT 524/2019

Lo stesso parere ANAC appena citato ritiene necessario l'avviso pubblico anche se la procedura viene definita – in maniera assolutamente non condivisibile -, dallo stesso Codice come finalizzata all'affidamento diretto. In realtà si struttura (si deve strutturare) **come una procedura negoziata formale (ovvero con avviso pubblico a manifestare interesse e/o a presentare direttamente la migliore offerta)**. In questo caso, evidentemente, la fattispecie in parola coincide in tutto e per tutto alla prerogativa emergenziale sancita nel comma 2, lett. b) dell'articolo 1 della legge 120/2020 (ovviamente a partire dall'importo pari ai 75mila euro e fino all'intero sottosoglia).

Nell'acquisto di beni e servizi il RUP non ha molte alternative

- 1. affidamento diretto puro infra 75mila euro;
 - 2. procedura negoziata semplificata ultra informale;
 - 3. per importi tra i 40 o 75 mila ed il sottosoglia **NON HA ALTERNATIVE: PROCEDURA NEGOZIATA CON INDAGINI FORMALI OVVERO CON AVVISO PUBBLICO**
- ..PER LAVORI POSSO UTILIZZARE L'AFFIDAMENTO DIRETTO "MEDIATO" INVECE DI QUELLO PURO E MI AIUTA CON LA MOTIVAZIONE...**

La procedura negoziata ad indagine formalizzata

Non può tollerare, invece, una indagine informale senza avviso ma, al massimo, l'utilizzo dell'albo interno (sempre che risulti costituito in modo conforme alle disposizioni codicistiche e alle indicazioni delle linee guida ANAC n. 4) la procedura negoziata emergenziale fissata nella lettera b) comma 2, art. 1 della legge 120/2020.

Ovvero per le acquisizioni comprese tra importi pari ai 75mila euro (per servizi e forniture, compresi i servizi tecnici) e l'intero sottosoglia ex art. 35 del Codice (si rammenti che per i servizi sociali la soglia è data dall'importo inferiore ai 750mila euro) e per lavori per importi tra i 150mila euro fino all'intero sotto soglia ex art. 35 del Codice.

procedure
negoziate art.
36, c. 2 (LETT.
c/d) e 1,
comma 2, lett.
b) legge
120/2020

ART. 36, COMMA 2
C) pari o
superiore a
150.000 euro e
inferiore a
350.000 euro ..10
O.E.

C-bis)
350/1milione 15
O.E.

D) Procedura
aperta

art. 1, comma
2, lett. b)
legge
120/2020

- 150/350 5
O.E.

- 350/1m. 10
O.E.

-1m./oltre 5m
15 O.E.

La questione
del confronto
tra norme in
questo caso
non si pone
neppure

... se è previsto un temperamento/semplificazione sul numero degli operatori da invitare e nella possibilità di "sottrarsi" alla gara tradizionale (sempre che questo venga visto un vantaggio) la legge 120/2020 introduce il criterio della dislocazione territoriale oltre alla rotazione ...

Ma prerogative che semplificano (anche se discutibili) es. l'esclusione automatica con 5 ammessi alla procedura ...

Il richiamo normativo corretto nella determinazio ne

- Nella determina a contrarre, si sottolinea, il RUP deve ben chiarire quale disposizione normativa andrà applicare visto che l'applicazione della legge 120/2020, tra gli altri, consentirà di applicare l'esclusione automatica "semplificata/emergenziale", in caso di appalto al minor prezzo e sempre che siano presenti almeno 5 operatori (e non 10 come previsto nell'articolo 97 del Codice) ammessi alla competizione.

Il richiamo normativo corretto nella determinazio ne

Il richiamo all'articolo 36, comma 2 lett. c) e segg., oltre che scorretto – visto le semplificazioni introdotte dalla legge 120/2020 - e non più adeguato, non consente l'esercizio di detta prerogativa come emerso dall'ANAC nel parere 1053/2020, nella cui "massima" si legge che "La S.A. che, in vigore del decreto semplificazioni d.l. 76/2020" ha "indetto la gara ai sensi dell'art. 36, comma 2 lett. c-bis) del d.lgs. 50/2016," è "tenuta ad applicare la legge di gara alla quale essa stessa si era autovincolata, fatta salva la possibilità di agire in autotutela mediante l'annullamento della gara stessa"; non solo la più recente giurisprudenza impone addirittura il richiamo esplicito a pena di inapplicabilità dell'ipotesi in parola (in questo senso, il Tar Puglia, Lecce, sez. II, sentenza n. 113/2021).

I richiami

- Per intendersi, il richiamo normativo all'articolo 36, comma 2 lett. c) e segg. è anacronistico ma soprattutto non consente l'applicazione dell'esclusione automatica se non nei limiti dei 10 soggetti ammessi alla procedura e sempre che il RUP abbia verificato l'interesse transfrontaliero dell'appalto. Certificazione, quest'ultima, dal tenore del comma 3, art. 1 della legge 120/2020 che non appare più necessaria stante l'emergenza e la necessità di procedere il più tempestivamente possibile.

Sui richiami scorretti ...

- - non richiamare le norme in modo corretto è una "arroganza burocratica inaccettabile"
- - innestiamo degli (auto)vincoli che magari penalizzino il tempo dell'aggiudicazione ..
- - la responsabilità erariale da ritardata aggiudicazione
(pensiamo al contenzioso determinato da comportamenti improvvidi..)
- - rappresenta un tentativo di voler sfuggire a qualcosa ...
- **Generiamo confusione "interna" ed "esterna"**