

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Direttore: Prof. Bernardino Quattrociochi

Facoltà di Economia
Dipartimento di Management



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

Data 27/06/2019 ora 17-19

*L'affidamento diretto per
unicità o infungibilità
dell'operatore economico:
le Linee guida dell'ANAC n.
8/2017.*

Le procedure negoziate in caso di forniture e servizi infungibili

Art. 63 del Codice dei contratti pubblici:

1. Nei casi e nelle circostanze indicati nei seguenti commi, le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dando conto con adeguata motivazione, **nel primo atto della procedura**, della sussistenza dei relativi presupposti. [...]

2. Nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione **può** essere utilizzata:

[...]

b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:

1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica;

2) la concorrenza è assente per motivi tecnici;

3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale.

Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e **l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto;**

La procedura negoziata con un unico operatore ha carattere **eccezionale** e **residuale** in quanto costituisce un'evidente **deroga** alla regola dell'affidamento dei contratti pubblici mediante una procedura competitiva.

Di conseguenza, può essere applicata solo se ricorrono i presupposti previsti dal legislatore e **previa adeguata valutazione e motivazione** da parte della stazione appaltante.

La deroga al confronto competitivo è giustificata dal fatto che l'**esito** di un'eventuale gara risulterebbe **scontato**.

Consiglio di Stato, sez. III, 18.01.2018 n. 310

Trattandosi di una deroga alla regola della gara pubblica, occorre che l'infungibilità sia debitamente accertata e motivata nella delibera o determina a contrarre dell'amministrazione, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Come affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea (cfr. Sentenza della C. Giust. UE 8 aprile 2008, causa C-337/05), confermata del resto dalla giurisprudenza della Sezione (sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26) la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, per cui la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza.

R.d. 2440/1923 (legge di contabilità)

- **Art. 3, comma 2:** *I contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da gare mediante pubblico incanto o licitazione privata, a giudizio discrezionale dell'amministrazione*
- **Art. 6, comma 1:** *Qualora, per speciali ed eccezionali circostanze, che dovranno risultare nel decreto di approvazione del contratto, non possano essere utilmente seguite le forme indicate negli articoli 3 e 4, il contratto potrà essere concluso a trattativa privata*

R.d. 827/1924 (regolamento)

Art. 41:

1. Si procede alla stipulazione dei contratti a trattativa privata:

[...]

2) per l'acquisto di cose la cui produzione è garantita da privativa industriale o per la cui natura non è possibile promuovere il concorso di pubbliche offerte;

3) quando trattasi di acquisto di macchine, strumenti o oggetti di precisione che una sola ditta può fornire con i requisiti tecnici e il grado di perfezione richiesti;

[...]

D.Lgs 163/2006

Art. 57:

1. Le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle ipotesi seguenti, dandone conto con adeguata motivazione **nella delibera o determina a contrarre** [...]
2. b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato; [...]

Direttiva UE 24/2014, Considerando n. 50

«Tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali. [...]

se è chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non genererebbe maggiore competitività ovvero migliori risultati dell'appalto, non da ultimo perché un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto. [...]

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».

Direttiva 24/2014, Art. 32

Ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione

[...]

2. Nel caso degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione **può** essere utilizzata nei casi seguenti:

b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:

i) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica;

ii) la concorrenza è assente per motivi tecnici;

iii) tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale.

Le eccezioni di cui ai punti ii) e iii) si applicano solo quando non esistono sostituti o alternative ragionevoli **e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto;**

[...]

Perché l'infungibilità è un problema

Nelle procedure negoziate con unico operatore il fornitore potrà trarre vantaggio dal fatto **la domanda è rigida (o inelastica)**, cioè non reagisce (o non reagisce come dovrebbe) alle variazioni di prezzo.

Il potere contrattuale della stazione appaltante è quasi nullo.

Nel solo settore dell'ICT la mancanza di concorrenza si traduce **nell'inutile perdita annuale di circa 1,1 miliardi di euro** (Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni del 25 giugno 2013).

Dati Anac (terzo quadr. 2018)

Settore	Modalità di scelta del contraente	Totale CIG perfezionati			Importo complessivo		
		Set - Dic 2017	Set - Dic 2018	Δ	Set - Dic 2017 (valore in euro)	Set - Dic 2018 (valore in euro)	Δ
Ordinario	Procedura aperta	10.829	12.747	17,7%	23.998.870.656	24.621.150.142	2,6%
	Procedura ristretta	712	715	0,4%	1.949.545.488	1.062.733.631	-45,5%
	Sistema dinamico di acquisizione	1.963	497	-74,7%	3.930.478.695	371.375.844	-90,6%
	Procedura negoziata previa pubblicazione del bando	2.328	2.711	16,5%	471.245.537	508.679.227	7,9%
	Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando	19.460	20.564	5,7%	13.211.663.373	6.386.528.211	-51,7%
	Affidamenti diretti	9.178	9.518	3,7%	2.155.817.113	1.640.389.609	-23,9%
	Altro	82	67	-18,3%	68.924.440	63.911.520	-7,3%
Speciale	Procedura aperta	837	990	18,3%	1.872.645.597	3.734.800.188	99,4%
	Procedura ristretta	144	175	21,5%	3.664.508.457	395.537.836	-89,2%
	Sistema dinamico di acquisizione	15	6	-60,0%	8.317.430	440.966	-94,7%
	Procedura negoziata previa pubblicazione del bando	508	724	42,5%	4.746.316.098	4.847.868.496	2,1%
	Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando	2.500	2.402	-3,9%	2.395.914.089	2.312.219.174	-3,5%
	Affidamenti diretti	1.055	984	-6,7%	194.005.186	486.019.662	150,5%
	Altro	2.137	2.150	0,6%	1.507.448.357	847.228.335	-43,8%
Totale generale		51.748	54.250	4,8%	60.175.700.516	47.278.882.841	-21,4%

Fonte: ANAC

Linee guida Anac n. 8 - Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

- Linee guida non vincolanti, emanate ai sensi dell'art. 213, comma 2, c.c.p. (l'art. 63 c.c.p. è norma completa)
- Funzione promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti
- Modalità da seguire per **accertare l'effettiva infungibilità** di un bene o di un servizio: gli accorgimenti che le stazioni appaltanti dovrebbero adottare per **evitare** di trovarsi in situazioni in cui le decisioni di acquisto in un certo momento vincolino le decisioni future (fenomeno cosiddetto del **lock-in**); le condizioni che devono verificarsi affinché si possa **legittimamente ricorrere alla procedura negoziata** senza pubblicazione di un bando di gara in caso di infungibilità di beni e/o servizi.

AIR Linee guida

- Per gli affidamenti per cui è stato fornito un giustificativo, risulta che in oltre il 40% dei casi si tratta di motivi attinenti all'infungibilità dell'affidamento.
- Circa il 63% degli affidamenti relativi a presunti casi di infungibilità riguarda le forniture, oltre il 32% i servizi e il resto i lavori.
- Quasi la metà degli affidamenti complessivi (il 47,2%) è relativo al **settore sanitario**, circa il 14% al **settore informatico**, una quota non trascurabile **attiene ai servizi di riparazione e manutenzione** (il 7,6%)

Definizione di infungibilità

Un bene o un servizio è infungibile quando è l'unico in grado di soddisfare un determinato bisogno.

Ai fini del ricorso a una procedura negoziata, oltre all'infungibilità dei beni o dei servizi occorre che sussista il requisito dell'**unicità dell'operatore economico.**

Infungibilità vs esclusività

I concetti di infungibilità e di esclusività non coincidono

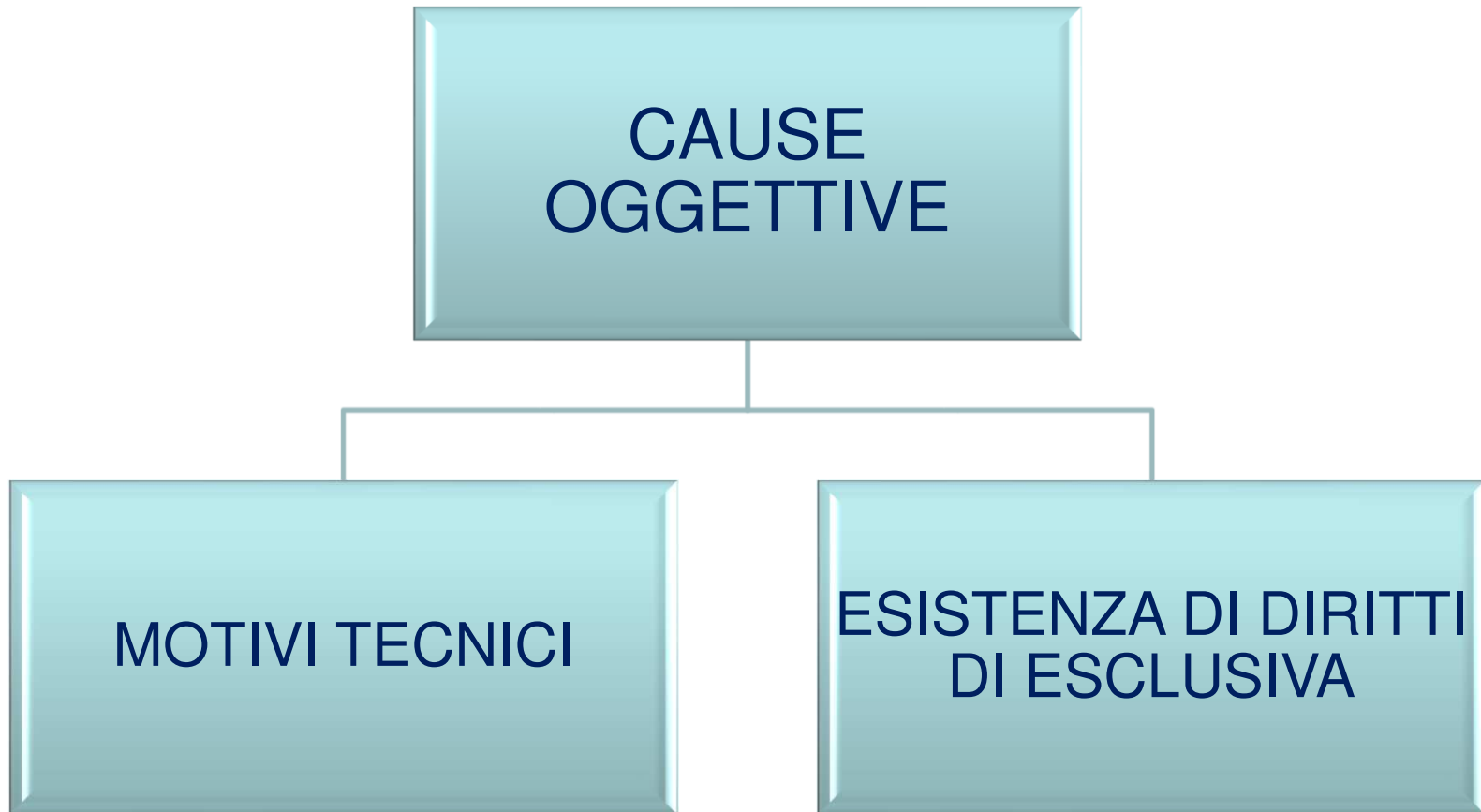


Linee guida Anac n. 8:

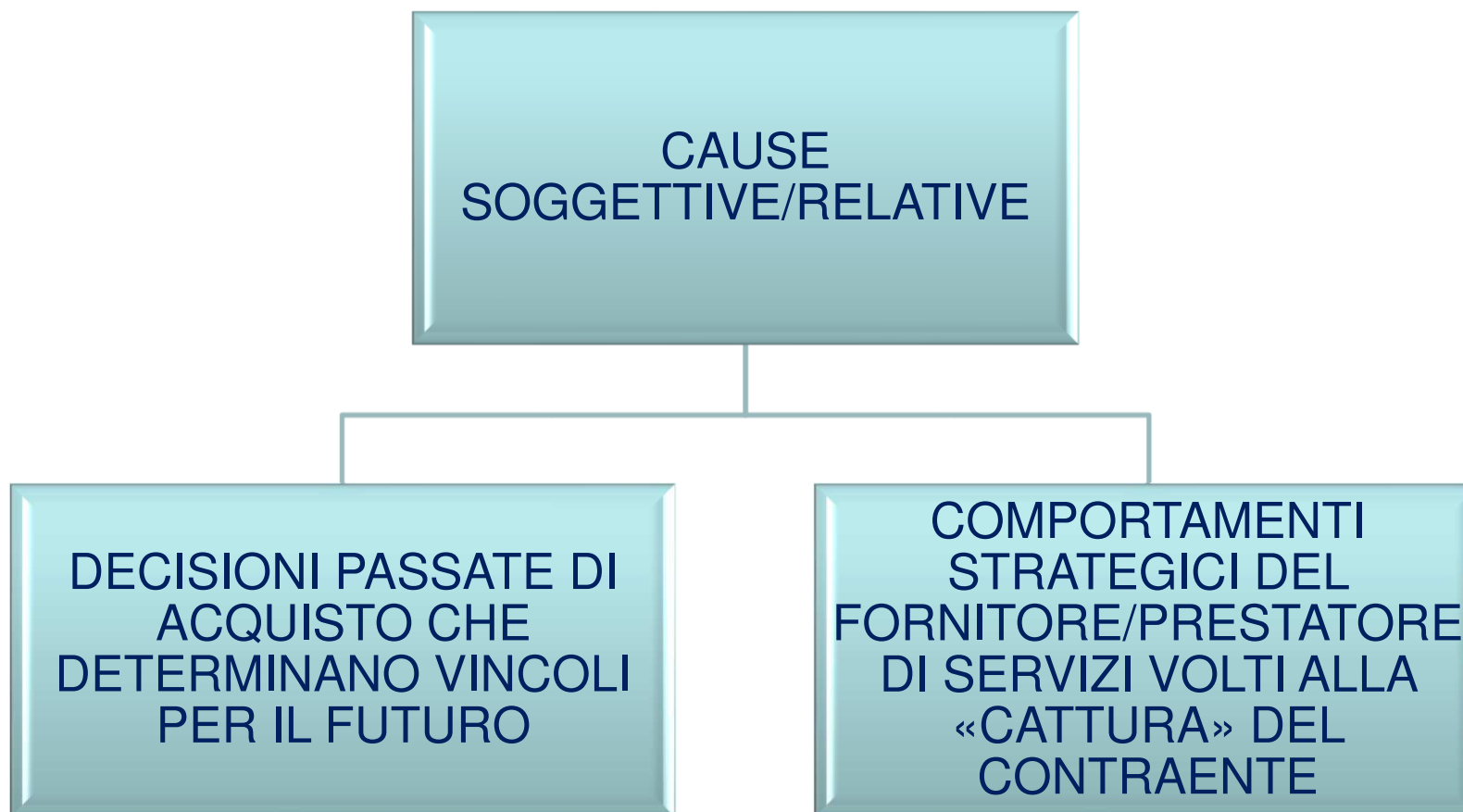
«in alcuni casi ciò [l'infungibilità] deriva da caratteristiche intrinseche del prodotto stesso, in altri può essere dovuto a valutazioni di opportunità e convenienza nel modificare il fornitore.»

Si riconosce che possono esserci forme soggettive/relative di infungibilità.

Cause dell'infungibilità



Cause dell'infungibilità



L'infungibilità che nasce a seguito di decisioni passate del contraente e/o di un comportamento strategico da parte dell'operatore economico è conosciuta nella letteratura economica e antitrust con il termine di *lock-in* (Linee guida Anac n. 8).

Il **vendor lock-in** indica il vincolo esistente tra un cliente ed un fornitore di beni o servizi: il cliente non può ricorrere a beni o servizi analoghi perché dovrebbe sostenere costi e rischi eccessivi.

Principali cause del lock-in

- Costi iniziali di investimento non recuperabili (*sunk costs*)
- lunghi e costosi processi di apprendimento (*learning*) per l'utilizzo ottimale di un determinato servizio o prodotto
- Costi per servizi e beni accessori (*aftermarket*)
- Possesso di informazioni riservate
- Costi di migrazione/passaggio ad un altro fornitore (*switching costs*)

Comportamenti del fornitore

- Possesso di informazioni riservate e altre asimmetrie informative
- Conoscenza dei bisogni del cliente
- Diritti di esclusiva su aftermarket

Cosa bisogna fare per prevenire il lock-in?

- ❖ Che cosa deve fare una stazione appaltante, che deve essere “consumatore attento nelle proprie scelte di consumo”, al fine di una corretta gestione degli affidamenti pubblici e, in particolare, allo scopo di prevenire l’insorgere di forme di lock-in o di infungibilità di prodotti o processi?
- ❖ Non esiste un’unica soluzione.
- ❖ Le Linee guida ANAC danno alcune indicazioni, con riferimento a ciascuna delle fasi del *public procurement*.

Programmazione

La programmazione è un momento fondamentale per la determinazione del quadro delle esigenze, la valutazione delle strategie di approvvigionamento, l'ottimizzazione delle risorse e il controllo delle fasi gestionali.

In questa fase le stazioni appaltanti devono:

- individuare gli effettivi fabbisogni e le esigenze funzionali
- identificare la soluzione che appare preferibile (CBA)
- Individuare i rischi di lock-in

Un'adeguata programmazione permette di evitare il ricorso a soluzioni di emergenza e può anche essere fondamentale nella definizione delle strategie di uscita dal lock-in di medio-lungo periodo.

Nella scelta delle possibili opzioni occorre privilegiare quelle che hanno una minore probabilità di legare l'acquirente al fornitore prescelto.

Programmazione

INDIVIDUARE L'ESIGENZA DA SODDISFARE



SCEGLIERE LA SOLUZIONE OTTIMALE




PIANIFICARE PER TEMPO L'INIZIATIVA DI ACQUISTO

Progettazione e predisposizione documenti di gara

Valutazione dell'intero ciclo di vita del bene/servizio: non si deve considerare solo l'immediata utilizzabilità di un prodotto o servizio, ma, specie per quelli che hanno una durata protratta nel tempo, bisogna valutare anche gli impegni che l'amministrazione dovrà sopportare in futuro. Ad es.: costi di formazione del personale, di manutenzione, di migrazione, etc.

La fase di progettazione del servizio o del bene diviene allora fondamentale per verificare l'eventuale rilevanza dell'*aftermarket* sull'economia generale del contratto e la conseguente opportunità di **stimolare la presentazione di offerte sull'intero ciclo di vita del prodotto o servizio.**



Preferire soluzioni che
abbiano un minore
TCO (Total Cost of
Ownership)

Mettere a base del
confronto competitivo
tutti i costi legati al
ciclo di vita

Utilizzo di standard nel settore ICT

«Le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non devono comportare direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza» (art. 68, comma 4, Codice dei contratti pubblici).

Non è consentita l'introduzione, implicita o esplicita, di «vincoli tecnologici» volti a limitare il confronto competitivo e che possono facilmente portare a situazioni di *lock-in*.

L'utilizzo di standard in luogo del riferimento a tecnologie proprietarie fornisce agli operatori le informazioni essenziali per la proposizione di soluzioni diverse ed evita indebite restrizioni della concorrenza.

Altri vantaggi: interoperabilità, semplificazione delle interazioni tra cittadini e PA e tra PA, etc.

❖ Ad es. utilizzo ISO/IEC 25010:2011 per il software

Preferenza per soluzioni open source

Codice dell'amministrazione digitale – Art. 68:

1-ter. Ove dalla valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico, secondo i criteri di cui al comma 1bis, risulti motivatamente l'impossibilità di accedere a soluzioni già disponibili all'interno della pubblica amministrazione, o a software liberi o a codici sorgente aperto, adeguati alle esigenze da soddisfare, è consentita l'acquisizione di programmi informatici di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso. [...]

Vedi anche Linee guida AGID su riuso (maggio 2019)

Utilizzo del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo

Attraverso i criteri di valutazione dell'offerta tecnica è possibile valorizzare elementi quali l'interoperabilità e l'«apertura» delle soluzioni proposte dai concorrenti, preferendo quelle che abbiano un minor rischio di vincolare la stazione appaltante.

Gare multi-sourcing

L'ANAC, al fine di ridurre il rischio di *lock-in*, fa riferimento alla possibilità di ricorrere ad **appalti cosiddetti multi-sourcing**, al fine di ridurre le asimmetrie:

- prevedendo più aggiudicatari per la singola gara (o lotto), con l'assegnazione al concorrente primo qualificato di una quota predefinita del quantitativo massimo previsto per la gara e a scalare per i successivi;
- dividendo la gara in due o più lotti e imponendo restrizioni sul numero massimo di lotti aggiudicabili
- avvalendosi dell'accordo quadro

Attraverso tale soluzione non vengono tuttavia ridotti i rischi legati ai costi di *aftermarket*.

Linee guida ANAC n. 8:

- si potrebbero invitare gli offerenti ad indicare i costi necessari per rendere i prodotti serviti aperti ad altri fornitori al termine del periodo di vigenza del contratto;
- si suggerisce, inoltre, di richiedere agli aspiranti concorrenti un'espressa dichiarazione, in sede di presentazione dell'offerta, circa elementi che possano comportare *lock-in* o che richiedano utilizzo di licenze.

Altre soluzioni

In una clausola standard suggerita dalla [Guide for the procurement of standards-based ICT – Elements of Good Practice](#) si legge:

*“In order to ensure that a competitive tender can be used to select another potential provider after the lifetime of the solution supplied under this tender, an anti-lock-in requirement must be met. All technical specifications, interfaces, protocols or formats implemented by the supplied solution and required for the full use of all data created or maintained using the supplied solution during its lifetime must be made available to providers of equivalent technologies who may be awarded a subsequent contract, with no additional costs. **Any costs required for migration of data must be borne by the supplier of the supplied solution.** Such costs may be minimised by ensuring that the supplied solution uses only , interfaces, protocols or formats that:*

- 1. are implementable by all potential providers of equivalent technologies*
- 2. are developed through an open and transparent process*
- 3. have no restrictions on re-use, and require no payments for re-use”.*

Se il lock-in è inevitabile

Vi potrebbero essere dei casi in cui, nonostante la stazione appaltante si sia comportata come un consumatore attento, il *lock-in* sia inevitabile o, addirittura, ci si trovi già in una situazione di *lock-in*.

Cosa fare?

Bisogna valutare l'uscita immediata dal *lock-in*, attraverso un'analisi dei risparmi e dei vantaggi conseguibili nel medio-lungo periodo tramite il ricorso al mercato.

La mera sussistenza di una situazione di *lock-in* non giustifica il ricorso alla procedura negoziata.

Se non è possibile uscirne immediatamente, occorre pianificare una strategia di uscita, **limitando temporalmente l'affidamento mediante negoziata.**

Ricordiamoci infatti che ***lock-in* non significa che non esistono altri operatori economici cui la stazione appaltante può rivolgersi, ma che tali soluzioni alternative non sono convenienti.**

Avvio procedura negoziata

L'infungibilità dei beni e servizi va accertata in modo rigoroso. Non ci si può accontentare delle dichiarazioni del fornitore.

Bisogna valutare la mancanza di soluzioni alternative parimenti in grado di soddisfare l'esigenza della stazione appaltante.

Neppure un presunto più alto livello qualitativo del servizio ovvero la sua rispondenza a parametri di maggior efficienza può considerarsi sufficiente a giustificare l'infungibilità (Linee guida Anac n. 8).

E' necessario acquisire tutte le informazioni possibili per superare le **asimmetrie informative tra la stazione appaltante e il mercato.**

- Si può osservare il comportamento di altre Amministrazioni nel soddisfacimento di analoghi interessi pubblici.
- E' necessario esperire una consultazione preliminare di mercato.

Consultazioni preliminare di mercato

Nella consultazione preliminare di mercato l'Amministrazione deve indicare:

- la compiuta descrizione dell'esigenza funzionale da soddisfare;
- la soluzione individuata per farvi fronte;
- i costi attesi in relazione alla futura iniziativa di spesa;
- la richiesta agli operatori del mercato di indicare eventuali soluzioni alternative in grado di soddisfare la descritta esigenza;
- la volontà di procedere, qualora ne ricorrano i presupposti, all'acquisizione mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.

Comunicato del Presidente del 28 marzo 2018: Indicazioni alle stazioni appaltanti sul tema dell'infungibilità negli acquisti in ambito sanitario.

Si ritiene opportuno, anche a tutela dei soggetti preposti all'effettuazione delle procedure di acquisto, che le dichiarazioni acquisite dalle strutture proponenti, ovvero da quelle comunque coinvolte nel processo acquisitivo, evidenzino non solo l'indispensabilità di quel determinato farmaco, ma l'impossibilità, allo stato, di utilizzare altri farmaci, in quanto non disponibili sul mercato, non efficaci o non funzionali alle necessità terapeutiche. Si sottolinea l'importanza di assicurare la **massima trasparenza negli atti di programmazione, e di motivare adeguatamente, nella determina o delibera a contrarre, le ragioni sottese alla scelta di non competizione** (es. ricerche scientifiche, acquisti di altre amministrazioni, note ministeriali, ecc.), **non escludendo il ricorso alla preventiva consultazione del mercato ex articolo 66 del Codice dei contratti pubblici.**

E se alla consultazione rispondono più operatori economici?



Occorre indire una procedura competitiva.

Il mercato ha smentito quanto ritenuto dalla stazione appaltante

Determina a contrarre

La determina a contrarre è l'atto con cui la Stazione appaltante manifesta la propria volontà di avviare una procedura di acquisto e di stipulare il conseguente contratto.

Nel caso di una procedura negoziata, nella determina la Stazione appaltante deve dare puntuale riscontro degli esiti della consultazione preliminare di mercato e delle conclusioni che conducono a ritenere infungibile la fornitura.

La durata del contratto deve essere limitata.

La determina, normalmente atto con rilevanza interna (c.d. «endoprocedimentale»), nelle procedure negoziate con un unico fornitore assume un rilievo significativo, dal momento che in assenza di bando essa rappresenta l'unico atto da cui emerge l'avvio della procedura di acquisto. In questi casi essa costituisce anche l'atto impugnabile da chi ritenga lesa un suo interesse.

Avviso volontario per la trasparenza

Art. 79 bis del d.lgs. 163/2006 e 121, comma 5, lett. c), c.p.a.

Non è stato riprodotto nel d.lgs. 50/2016

Può essere ancora utilizzato?

Le modifiche ai contratti in corso di esecuzione. Il rapporto tra modifiche dei contratti e procedure negoziate senza bando.

Modifiche alla durata dei contratti

Art. 106, comma 11.

La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una **opzione di proroga**. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante.

Art. 35, comma 4

Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. **Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara.** Quando l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore prevedono premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti, ne tengono conto nel calcolo del valore stimato dell'appalto.

Ripetizione servizi analoghi

Art. 63, comma 5. La presente procedura può essere utilizzata per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi al progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'[articolo 59, comma 1](#). Il progetto a base di gara indica l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati. La possibilità di avvalersi della procedura prevista dal presente articolo è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è computato per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie di cui all'[articolo 35, comma 1](#). Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale

Ripetizione lavori e servizi analoghi

- i lavori o servizi devono essere analoghi ai precedenti;
- affidamento all'impresa aggiudicataria dell'appalto originario
- conformità a un progetto di base che deve essere stato oggetto di un primo appalto aggiudicato mediante una procedura ordinaria
- indicazione nei documenti di gara iniziali della possibilità di ricorrere alla negoziata
- l'importo totale previsto per la ripetizione dei lavori/servizi deve essere computato nell'importo totale dell'appalto
- si può ricorrere alla procedura negoziata solo nei tre anni successivi alla stipula del contratto iniziale

Nota illustrativa Bando tipo Anac n. 1

Con riguardo alla flessibilità del contratto, si osserva che, tra le parti facoltative, è prevista, la possibilità di ricorrere alla c.d. “ripetizione di servizi analoghi” (art. 63, comma 5, Codice). Tale facoltà potrà essere esercitata, mediante attivazione di una procedura negoziata ai sensi dell’art. 63, comma 5, con un congruo preavviso, prima della scadenza del termine originario. L’esercizio di tale facoltà postula infatti che il contratto originario non sia ancora scaduto, disciplinando la norma in esame il caso di affidamenti paralleli e non in sequenza tra di loro.

E' ancora ammesso il rinnovo/proroga contrattuale dei contratti pubblici?

TAR Lazio, sez. II *bis* Roma, sentenza n. 9212 del 10 settembre 2018, sembrerebbe dire di no:

«la proroga, nell'unico caso oggi ammesso ai sensi dell'art. 106, del d. lgs. n. 50 del 2016, ha carattere di temporaneità e rappresenta uno strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro»

L'Anac sembra pensarla diversamente: nel Bando tipo n. 1 è espressamente prevista (par. 4,2) la possibilità per le S.A. di riservarsi la facoltà di rinnovo, alle medesime condizioni.

Tale scelta è motivata nella nota illustrativa:

«Tuttavia, ad avviso del Consiglio di Stato né l'art. 23 della l. 18 aprile 2005 n. 62 (legge comunitaria 2004), né il pregresso art. 57 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, né i principi comunitari consolidati in materia contrattuale, hanno mai impedito il rinnovo espresso dei contratti, allorché la facoltà di rinnovo, alle medesime condizioni e per un tempo predeterminato e limitato, fosse ab origine prevista negli atti di gara e venisse esercitata in modo espresso e con adeguata motivazione. I divieti di cui alle norme richiamate sono ispirati alla finalità di scongiurare affidamenti reiterati allo stesso soggetto in elusione al principio di concorrenza, che più di ogni altro garantisce la scelta del miglior contraente, sia sotto il profilo della qualificazione tecnica dell'operatore, che della convenienza economica del contratto. Tuttavia, allorché la possibilità del rinnovo contrattuale sia resa nota ai concorrenti sin dall'inizio delle operazioni di gara, cosicché ognuno possa formulare le proprie offerte in considerazione della durata eventuale del contratto, nessuna lesione dell'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente è possibile riscontrare, né alcuna lesione dell'interesse generale alla libera concorrenza, essendo la fattispecie del tutto analoga, dal punto di vista della tutela della concorrenza, a quella nella quale si troverebbero le parti contraenti nell'ipotesi in cui la stazione scegliesse ab inizio una più lunga durata del contratto (per es. sei anni, anziché tre più tre) (Cons. Stato, Sez. III, sentenza 5 luglio 2013, n. 3580)»

Requisiti affinché il rinnovo sia valido:

- Espressa previsione nel bando di gara
- Calcolo nel valore dell'appalto
- Esercizio alle medesime condizioni contrattuali
- Periodo limitato
- Obbligo di motivazione

Proroga tecnica

- Deve essere prevista nel bando un'apposita opzione
- Deve essere limitata al tempo strettamente necessario all'individuazione del nuovo contraente
- Calcolo nel valore dell'appalto

Consiglio di Stato, sezione V, del 29 maggio 2019, n. 3588: *«Da quanto detto discende l'illegittimità della disposta proroga, in quanto dovuta non a oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della gara, ma a un'indizione tardiva che appare in realtà soggettivamente addebitabile all'amministrazione.»*

Differenza tra rinnovo e ripetizione di servizi analoghi

Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2009 n. 2882: *«mentre il rinnovo del contratto si sostanzia nella riedizione del rapporto pregresso (generalmente in virtù di una clausola già contenuta nella relativa disciplina), la ripetizione di servizi analoghi di cui parla l'art. 57 del codice postula una nuova aggiudicazione (sia pure in forma negoziata) alla stregua di un progetto di base»*

Cons. Stato, Sez. IV, 11 novembre 2014 n. 5530; definizione di servizi analoghi: *«quelli attinenti allo stesso settore dell'appalto da aggiudicare, ma concernenti, in riferimento allo specifico oggetto della procedura, tipologie diverse ed eterogenee»*

Lavori, servizi e forniture supplementari

Art. 106: 1. Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti:[...]

b) per **lavori, servizi o forniture, supplementari** da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente produca entrambi i seguenti effetti, fatto salvo quanto previsto dal comma 7 per gli appalti nei settori ordinari:

- 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale;
- 2) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disagi o una consistente duplicazione dei costi;

Consegne complementari

Art. 63 – Negoziata senza bando – **Solo forniture**

[...] nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo **parziale** di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni;

Procedure negoziata per ragioni d'urgenza

c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici.

Cons. Stato, Sez. III, 8 ottobre 2018, n. 5766:

«La giurisprudenza amministrativa di primo grado pronunciata in materia ha riconosciuto che l'estrema urgenza può essere data dall'imminente scadenza del precedente contratto (già in proroga) in essere con l'appaltatore uscente per il medesimo servizio e dai tempi presumibilmente occorrenti per il rinnovo della gara, soprattutto se, come nel caso di specie, il contratto con il precedente gestore non possa più essere prorogato o lo sia già stato così da rendere non opportuna una ulteriore proroga»

Tar Campania, sez. I, 5 marzo 2019, n. 1223

«va, infatti, evidenziato come il carattere di urgenza sia stato disciplinato nella sistematica del Codice secondo un ordine di graduazione che ne impone la soddisfazione pur sempre con il prioritario ricorso alle procedure ordinarie, sebbene in regime accelerato, solo in via successiva consentendo il ricorso all'istituto eccezionale di cui all'art. 63, secondo comma, lettera c), nel caso di specie invece direttamente applicato dall'Azienda Ospedaliera resistente.»