



**La procedura negoziata: nozione e caratteri generali. La casistica della procedura negoziata senza bando nella disciplina del nuovo Codice: gara deserta, unicità del prestatore, urgenza; in particolare, i caratteri dell'urgenza nel recente orientamento della giurisprudenza.**

Avv. Gianluca Alfano  
Dott. Massimiliano Campofranco

CORSO DI ALTA FORMAZIONE: Codice degli appalti e contratti pubblici  
27 giugno 2019

Casi in cui si utilizzano le procedure competitive con negoziazione ed il dialogo competitivo:

- per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi **in presenza di una o più delle seguenti condizioni:**
  - 1) le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice non possono essere soddisfatte senza adottare soluzioni immediatamente disponibili;
  - 2) implicano progettazione o soluzioni innovative;
  - 3) l'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o a causa dei rischi a esso connessi;
  - 4) le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall'amministrazione aggiudicatrice.
- per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi per i quali, in esito a una procedura aperta o ristretta, sono state presentate soltanto **offerte irregolari o inammissibili**.

# Offerte irregolari e offerte inammissibili

---

Sono considerate **irregolari** le offerte:

- a) che non rispettano i documenti di gara;
- b) che sono state ricevute in ritardo rispetto ai termini indicati nel bando o nell'invito con cui si indice la gara;
- c) che l'amministrazione aggiudicatrice ha giudicato anormalmente basse.

Sono considerate **inammissibili** le offerte:

- a) in relazione alle quali la commissione giudicatrice ritenga sussistenti gli estremi dei reati di corruzione o fenomeni collusivi;
- b) che non hanno la qualificazione necessaria;
- c) il cui prezzo supera l'importo posto dall'amministrazione aggiudicatrice a base di gara, stabilito e documentato prima dell'avvio della procedura di appalto.

Il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, è consentito, **previa adeguata motivazione** ed è subordinato, **nel caso di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture** alla sussistenza dei relativi presupposti:

- mancanza di offerte o offerte **appropriate**, o di domande di partecipazione o domande di partecipazione **appropriate**, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione europea, su sua richiesta;
- **NB: un'offerta non è appropriata** se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto; una domanda di partecipazione non è appropriata se l'operatore economico deve o può essere escluso ai sensi dell'**articolo 80** o non soddisfa i criteri di selezione di cui all'**articolo 83**.
- **QUANDO I LAVORI, LE FORNITURE O I SERVIZI POSSONO ESSERE FORNITI UNICAMENTE DA UN DETERMINATO OPERATORE ECONOMICO PER L'UNICITÀ DELLA PRESTAZIONE (es. opera d'arte), PER ASSENZA DI CONCORRENZA PER MOTIVI TECNICI; O PER LA TUTELA DI DIRITTI ESCLUSIVI, anche diritti di proprietà intellettuale;**
- nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili **e non imputabili** all'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati.

**Per le forniture:**

- qualora i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente **a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo**, salvo che si tratti di produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo;
- 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**;
- per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime;
- per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dagli organi delle procedure concorsuali.

**Per i servizi:**

qualora l'appalto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori del concorso. In quest'ultimo caso, tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati.

**Per nuovi lavori o servizi** consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale, 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 aperta o ristretta.

**Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano **almeno cinque operatori economici**, se sussistono in tale numero soggetti idonei.**

**TAR Catanzaro, 31 marzo 2018 n. 1132**

***Procedura negoziata a seguito di gara pubblica andata deserta***

Nella sentenza oggetto d'esame, il TAR Catanzaro ha chiarito che la lettera di invito alla procedura negoziata indetta dopo l'originaria gara pubblica andata deserta, **deve ritenersi integrata dalle disposizioni prescritte nella precedente lex specialis, ove essa non contenga una disciplina compiuta.**

Viene infatti sottolineato dal Collegio che *«pur costituendo la procedura negoziata un segmento procedimentale autonomo rispetto all'originaria gara pubblica andata deserta, i concorrenti restano comunque vincolati al necessario rispetto delle prescrizioni della lex specialis della gara pubblica e, pertanto, la lettera di invito alla stessa procedura, ove non contenga un sistema di regole compiuto ed autosufficiente avente ad oggetto la puntuale regolamentazione dei relativi adempimenti concorsuali, deve ritenersi reiterativa dell'integrale disciplina della gara pubblica. Diversamente, la lettera di invito rappresenterebbe un guscio vuoto e non consentirebbe la presentazione di un'offerta consapevole né lo svolgimento delle operazioni concorsuali».*

# Procedura negoziata senza previa pubblicazione – UNICITÀ DEL FORNITORE

---

L'art. 63, comma 2, lett. b) del Codice prevede che *“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”.***

Ai fini dell'applicazione del dettato normativo dell'art. 63 D. Lgs. 50/2016 (prima art. 57 del d. Lgs. 163/2006) sia la giurisprudenza che l'ANAC hanno sempre ritenuto necessario verificare la sussistenza del requisito della **“infungibilità” del bene** o servizio, affermando che solo nei casi in cui un servizio o una fornitura siano effettivamente infungibili, la norma prevede deroghe alla regola della selezione attraverso gara a procedura aperta o ristretta, considerato che solo in queste ipotesi l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela. Conseguentemente, in presenza di elementi di infungibilità, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe uno spreco di tempo e di risorse.



# Procedura negoziata senza previa pubblicazione – UNICITÀ DEL FORNITORE

---

La giurisprudenza (cfr. di recente, Consiglio di Stato, sez. III, n. 310/2018), ha sempre richiesto ai fini della legittimità dell'affidamento che l'infungibilità sia debitamente **accertata e motivata nella 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, e che sia **confermata da una indagine di mercato**.

Anche per la giurisprudenza della Corte di giustizia europea (cfr. Sentenza della C. Giust. UE 8 aprile 2008, causa C-337/05), confermata del resto dalla giurisprudenza (Tar Lombardia, 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.

## Differenza tra esclusiva e infungibilità:

- L'esclusiva attiene all'esistenza di privative industriali.
- Un bene o un servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno.
- L'infungibilità deriva dall'esistenza di privative industriali ovvero può essere la conseguenza di scelte del cliente o dei comportamenti del fornitore; l'effetto finale è comunque un restringimento della concorrenza, con condizioni di acquisto meno favorevoli per l'utente.
- Non esiste una soluzione unica per prevenire e/o superare fenomeni di infungibilità, ma è necessario procedere caso per caso al fine di trovare soluzioni in grado di favorire la trasparenza, la non discriminazione e l'effettiva concorrenza nel mercato.
- Al fine di prevenire le conseguenze negative derivanti da acquisti effettuati per beni o servizi ritenuti infungibili e/o fenomeni di *lock-in* e al fine di una corretta gestione degli affidamenti pubblici, le Amministrazioni aggiudicatrici devono procedere a un'attenta programmazione e progettazione dei propri fabbisogni.

## Le linee guida n. 8 sulle forniture ed i servizi infungibili

---

- L'ANAC sostiene nelle sue Linee Guida che:
  - «Nei casi di infungibilità dei prodotti e/o dei servizi richiesti il Codice prevede la possibilità di derogare alla regola dell'evidenza pubblica (art. 63), ma, in tal caso, in attuazione dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, occorre che il sacrificio del processo concorrenziale sia giustificato e compensato dai guadagni di efficienza o, più in generale, dai benefici che ne derivano in termini di qualità ed economicità dei servizi o dei beni forniti.
- Ne consegue, allora, che ciascuna stazione appaltante accerta i presupposti per ricorrere legittimamente alla deroga in esame, valutando il caso concreto alla luce delle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e motiva sul punto nella delibera o determina a contrarre o altro atto equivalente, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Il primo passo, fondamentale, consiste nell'accertare in modo rigoroso l'infungibilità del bene. (...)
- In altri termini, la stazione appaltante **non può accontentarsi al riguardo delle dichiarazioni presentate dal fornitore, ma deve verificare l'impossibilità a ricorrere** a fornitori o soluzioni alternative **attraverso consultazioni di mercato**, rivolte anche ad analizzare i mercati comunitari e/o, se del caso, extraeuropei (ad esempio, una 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 ad 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, ma il produttore dell'apparecchiatura dichiara nel manuale d'uso che la stessa deve essere utilizzata solo con materiali “originali”. 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**).

(...)

- 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. 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».
- In particolare, sul concetto di esclusiva l'ANAC chiarisce: “(...) ***anche in presenza di un diritto esclusivo potrebbero esistere distributori indipendenti o operatori economici che accedono al bene, che possono offrire, in concorrenza tra loro, un determinato prodotto o servizio***”.

Nello stesso senso anche ANAC, delibera n. 1032/2016 ove con riferimento ad un caso di acquisto di licenze PRICE da parte del Ministero della Difesa e con conseguente sottoscrizione del contratto con la sola azienda titolare in Italia dei diritti di esclusiva ha evidenziato che dagli atti esaminati non rilevano “*le ragioni tecniche per le quali le licenze PRICE possano ritenersi tali da escludere la concorrenza e di conseguenza le ragioni per le quali l'operatore in esclusiva Creasys sia l'unico a poter garantire l'esecuzione e la prosecuzione del progetto (...). Ciò in quanto la mera titolarità di diritti di esclusiva rispetto a licenze software nel territorio italiano così come rispetto a servizi informatici già in uso presso l'Amministrazione non comporta necessariamente l'assenza di concorrenza*”. Nello stesso senso delibera ANAC 22/2014 e delibera ANAC n. 28/2008.

# Procedura negoziata senza pubblicazione del bando– focus sulla giurisprudenza

TAR Lombardia, sez. IV, 21 febbraio 2018 n. 500

## ***Presupposti per il ricorso alla procedura negoziata senza bando in caso di infungibilità***

Nella sentenza in esame, il TAR Lombardia, ha annullato l'aggiudicazione di alcuni lotti a favore di un operatore economico a causa dell'**assenza nella determina di adeguate motivazioni sull'infungibilità** della fornitura oggetto del contratto, chiarendo che *«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»*.

Qualora tale procedura sia stata scelta in ragione della natura infungibile del bene dunque, l'infungibilità deve necessariamente essere «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».

Dunque, nel caso (come quello in esame) in cui la SA faccia riferimento soltanto alle **dichiarazioni dei fornitori**, l'onere motivazionale non può in alcun modo considerarsi assolto.  
(...)

# Procedura negoziata senza pubblicazione del bando– focus sulla giurisprudenza

---

TAR Campania Napoli, sez. I 4 marzo 2019 n. 1204

## *Eccezionalità della procedura negoziata senza pubblicazione del bando*

Nella recentissima sentenza del TAR Campania, è stato infine ribadito che **il sistema di affidamento mediante procedura negoziata ex art. 63 del D.lgs. n. 50/16**, data la sua portata acceleratoria e compressiva del principio di concorrenza, **deve essere inteso come disciplina di stretta interpretazione.**

Il Collegio ha infatti chiarito che *«il presupposto della situazione di urgenza derivante da eventi imprevedibili per la stazione appaltante, tale da determinare l'inesistenza di un'alternativa rispetto all'affidamento diretto, deve essere interpretato come assoluta impossibilità di rispettare i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione. Va, altresì, evidenziato come il carattere di urgenza nella sistematica del Codice sia stato disciplinato secondo un ordine di graduazione che ne impone la soddisfazione pur sempre con il prioritario ricorso alle procedure ordinarie, sebbene in regime accelerato, e solo in via successiva consentendo il ricorso all'istituto eccezionale di cui all'art. 63, secondo comma, lettera c)».*

# Procedura negoziata senza pubblicazione del bando– focus sulla giurisprudenza

---

**TAR Lazio Roma sez. I ter, 4 settembre 2018 n. 9145**

***Ricorso alla procedura negoziata per motivi di urgenza***

Nella sentenza summenzionata il TAR Lazio ha dichiarato l'**illegittimità di un affidamento mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando per ragioni di urgenza** giustificato dall'Amministrazione con riferimento al tempo eccessivo che avrebbe richiesto l'espletamento della gara da indire a seguito dell'annullamento giurisdizionale di una procedura avente il medesimo oggetto.

Secondo il Collegio, nel caso di specie non possono ravvisarsi le ragioni di estrema urgenza richiamate dall'art. 63 comma 2 lett. c) dato che l'amministrazione ha lasciato decorrere più di un anno dal disposto annullamento giurisdizionale per la successiva programmazione della nuova procedura di gara.

Come è stato evidenziato più volte dalla giurisprudenza infatti, l'urgenza richiamata nel dettato normativo «non deve essere addebitabile in alcun modo all'Amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione (Consiglio Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882, Cons. St., V, 10 novembre, n. 8006) ovvero per sua inerzia o responsabilità».

# Procedura negoziata senza pubblicazione del bando– focus sulla giurisprudenza

---

**Consiglio di Stato, Sez. V, 3 febbraio 2016, n. 413**

## ***Legittimità dell'affidamento diretto temporaneo in via d'urgenza***

Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato, riformando la sentenza di primo grado del TAR Campania, ha dichiarato legittimo l'**affidamento diretto** della gestione di un complesso di piscine operato **in via temporanea** dal Comune di San Sebastiano al Vesuvio e «reso necessario per evitare di far fronte a costi non sostenibili derivanti dal pericolo di un'eventuale “non gestione” della struttura per un tempo apprezzabile e non predeterminabile, con connessa evidente alta probabilità di danni che all'ente sarebbe potuta derivare dall'eventuale danneggiamento degli impianti».

Il Collegio sottolinea che nel caso di specie «la valutazione della sussistenza dell'estrema urgenza di salvaguardare la struttura, senza lasciarla inutilizzata con i rischi di vandalismi e di deterioramenti, è derivata da eventi che non possono ritenersi prevedibili e che non sono imputabili nella specie all'Amministrazione» rendendo dunque legittimo, al contrario di quanto affermato dal giudice di primo grado, il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.



# Procedura negoziata senza pubblicazione del bando– CONSEGNE COMPLEMENTARI

---

**I presupposti dell'ipotesi contenuta nell'art. 63, comma 3, lett. b) sono i seguenti:**

- a) deve trattarsi di una fornitura “complementare” derivante da un iniziale “contratto pubblico relativo a forniture”;
- b) la fornitura complementare deve essere destinata al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate;
- c) la fornitura complementare deve essere affidata al medesimo contraente, definito appunto “fornitore originario”;
- d) la durata del contratto per la fornitura complementare non può superare i tre anni.

Alla luce dell'attuale orientamento giurisprudenziale e tenendo in debito conto che la procedura 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.

# Procedura negoziata senza pubblicazione del bando– CONSEGNE COMPLEMENTARI

**Per quanto riguarda il concetto di «rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o ampliamento di forniture o impianti esistenti»,** si segnalano le seguenti pronunce giurisprudenziali:

- **il Consiglio di Stato sez. II 10/7/2014 n. 3534** che afferma l'inammissibilità dell'utilizzo della procedura negoziata ex art. 57, c. 3, lett. b) del D. Lgs. n. 163/2006 nel caso in cui il prodotto ha caratteristiche diverse rispetto alla fornitura principale. In particolare i Giudici, riconfermando quanto già deciso in primo grado, hanno rilevato che si trattasse di ampliamento non del contratto in corso ma dell'acquisto di prodotto del tutto diverso (ossia il TNT al posto del cotone verde in un servizio di lavanolo), e che pertanto non sussistono i presupposti necessari per far ricorso alla procedura negoziata;

- **TAR Sicilia, Catania, sez. II, sent. n. 3315 del 2016**, confermata anche **Consiglio di Giustizia Amministrativa per la regione Siciliana, sent. n. 339 del 2017**. Entrambi i Giudici hanno ritenuto che nella fattispecie in esame ricorressero tutti i presupposti della fornitura complementare, trattandosi della fornitura di un sistema informatico integrato nell'ambito di un'operazione di riorganizzazione mediante incorporazione di due presidi ospedalieri, a valle di una fornitura originaria avente ad oggetto la realizzazione di un sistema informatico.

In sostanza, per i giudici, l'ampliamento della fornitura già in essere presso l'ospedale accorpante e gestita da un ben individuato soggetto, ha obbligato l'amministrazione a rivolgersi al medesimo fornitore il cui cambiamento avrebbe certamente obbligato l'amministrazione medesima a sobbarcarsi difficoltà operative e di manutenzione tecnicamente sproporzionate.

# Procedura negoziata senza pubblicazione del bando– CONSEGNE COMPLEMENTARI

---

(...)

- **TAR Piemonte, sent. n. 154 del 2013** che con riferimento ad una fornitura di reagenti e apparecchiature per l'esecuzione di indagini chimico cliniche, immunochimiche, ematologiche ed emocoagulative per i laboratori analisi ha escluso il ricorrere dei presupposti della procedura ex art. 57, comma 3, lett. b) in quanto la stazione appaltante ha deciso proprio di “sostituire” i prodotti originariamente forniti dalla ricorrente (lotto 7), con l'impropria estensione della fornitura dei lotti 2 e 5 a favore delle società Siemens e Roche, integrata anche con i prodotti della Diasorin, senza in alcun modo giustificare i presupposti della norma (ossia “qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate”);

- **Consiglio di Stato, sez. IV, n. 6379 del 2008** che ha bocciato un affidamento per forniture complementari fatto dal Ministero della Difesa che mentre in un primo appalto aveva acquistato la fornitura di due sistemi campali per la potabilizzazione delle acque, con la procedura negoziata aveva previsto, tra l'altro, n. 12 moduli BC per il trattamento delle acque contaminate da agenti biologici e chimici da guerra che erano esclusi espressamente dalla prima gara. Per i Giudici sono evidenti le differenze, sia qualitative che quantitative, che esistono tra le due forniture qui in esame e in particolare rispetto ai 12 moduli non vi era stata alcuna possibilità di confronto concorrenziale né una previa verifica della capacità tecnica ed economica del RTI. Si tratta, con evidenza, ad avviso del CdS “di un oggetto nuovo che si aggiunge alla precedente fornitura e sul quale non vi è stato alcun confronto concorrenziale (...)”. Inoltre, i giudici aggiungono che l'importo della procedura negoziata è superiore di dieci volte all'importo della fornitura aggiudicata con procedura ad evidenza pubblica se si ha riguardo all'importo effettivo del contratto e di oltre sei volte se si tiene conto dell'importo posto a base d'asta.

# Procedura negoziata senza pubblicazione del bando– CONSEGNE COMPLEMENTARI

Sul concetto di **evitare l'uso prodotti diversi il cui "impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate"** per giustificare l'affidamento al fornitore originario, si rinvia alla sentenza della **Corte di Giustizia europea, Grande Sezione, 8 aprile 2008 n. C-337/05** che, bocciando quanto era stato deciso dal TAR Lazio Roma, sez. I bis, con sentenza del 28 ottobre 2003 n. 9088 Roma, sez. I bis su una fornitura senza gara di elicotteri di fabbricazione Augusta e Augusta Bell, afferma che l'affidamento per ampliamento di forniture esistente non può fondarsi sulla base dei seguenti elementi:

- (a) interoperabilità tra i beni da acquistare e quelli già acquisiti nel patrimonio dell'Amministrazione;
- (b) riduzione oggettiva di costi (logistici, di addestramento del personale, ecc) e dei tempi di acquisizione del bene derivanti dalla predetta interoperabilità;
- (b) acquisita esperienza sui beni già esistenti nel patrimonio dell'Amministrazione (ad es. addestramento interno del personale, svolgimento dell'attività manutentiva, approvvigionamento e disponibilità delle parti di ricambio, complementarietà dell'articolazione e programmazione degli interventi rispetto alle potenzialità operativo-logistiche degli aeromobili).

Pertanto non può costituire una valida motivazione per ricorrere all'affidamento diretto una esigenza di "standardizzazione" ovvero di "massima interoperabilità con i mezzi esistenti", a meno che non si provi che l'acquisizione di un materiale fabbricato con una tecnica differente comporti una incompatibilità ovvero tecniche d'uso o di manutenzione sproporzionate.

# Focus su Servizi analoghi

L'art. 57 del Vecchio Codice, al comma 5, lett. b), prevedeva l'espletamento di una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nell'ipotesi di servizi analoghi.

L'attuale Codice prevede una analoga fattispecie all'art. 63, c. 5, ai sensi del quale: **la SA può aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara 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'art. 59, c. 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 di tale procedura deve essere indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione;**
- **l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è computato per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie di cui all'art. 35, c. 1.;**
- **il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale.**

## Nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi

---

### Ma cosa si intende per servizi analoghi?

Il **Consiglio di Stato**, con **parere n. 3058/2003** reso dalla sez. II, ha chiarito che **le due prestazioni, quella resa e quella da ripetere, devono essere collegate da una “omogeneità strutturale” ovvero sia debbono possedere elementi essenziali e costitutivi con le stesse caratteristiche** (salvo aspetti marginali / residuali).

I servizi analoghi, quindi, si identificano nei **servizi la cui esecuzione, al momento della indizione della gara originaria, è presa in considerazione solo a livello di mera eventualità** perché, a quell'epoca, il relativo bisogno non esiste.

Se vi fosse certezza della ripetizione, infatti, la *lex specialis* di gara dovrebbe prenderne in considerazione il valore anche dal punto di vista dei requisiti di qualificazione, mentre la disposizione in esame ne prevede il computo ai soli fini della determinazione del valore globale dell'appalto ai fini delle soglie comunitarie.

# Differenza tra servizi analoghi e servizi identici – focus sulla giurisprudenza

TAR Palermo, sez. II, sent. n. 1609/2018

***La nozione di "servizi analoghi" non deve essere assimilata a quella di "servizi identici"***

Nella sentenza in esame il TAR ha precisato che «secondo condivisibile indirizzo giurisprudenziale dal quale non v'è motivo di discostarsi, **la nozione di "servizi analoghi" non deve essere assimilata a quella di "servizi identici"**, dovendo ritenersi soddisfatta la prescrizione della legge di gara tutte le volte in cui il concorrente abbia dimostrato lo svolgimento di servizi rientranti nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto (cfr., Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2015, n. 1122 che a sua volta richiama Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2014, nr. 6035; id., sez. IV, 11 novembre 2014, nr. 5530; id., sez. V, 25 giugno 2014, nr. 3220; id., 8 aprile 2014, nr. 1668; id., sez. III, 25 giugno 2013, nr. 3437; TAR Toscana, Firenze, sez. II, 21/02/2017 n. 287). Inoltre **"il concetto di "servizio analogo", e parimenti quello di "fornitura analogo", deve essere inteso non come identità, ma come mera similitudine tra le prestazioni richieste, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato ma, al contrario, l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità (cfr. da ultimo, T.A.R. Toscana, sez. I, 26 gennaio 2018, n. 132; in termini, Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2017, n. 1608; Cons. Stato, Sez. V, 28/7/2015, n. 3717)».**

# Differenza tra servizi analoghi e servizi identici – focus sulla giurisprudenza

---

Tar Lazio, sez. I quater, sent. n. 3177/2018

*Il concetto di “servizi analoghi” va interpretato in maniera estensiva*

Nella sentenza in esame il TAR ha evidenziato che **«il concetto di “servizi analoghi” va interpretato in maniera estensiva, escludendo quei soli casi in cui negli stessi siano comprese “qualsiasi attività comunque svolta dall’impresa, anche se non abbia alcuna attinenza con l’oggetto dell’appalto” (CdS n. 1589/2009). Invero, “Sotto il profilo del concetto di similarità dei servizi pregressi, deve rammentarsi che i servizi analoghi non significano servizi identici, poiché la formula ‘servizi analoghi’ implica la necessità di ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, elementi che non possono che scaturire dal confronto tra le prestazioni oggetto dell’appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria dal bando, senza quindi fermarsi alla verifica del tipo di contratto in cui tali prestazioni sono inserite. Pertanto, quando la lex specialis di gara richiede, come nella fattispecie, di dimostrare il pregresso svolgimento di servizi simili, non è consentito alla SA di escludere i concorrenti che non abbiano svolto tutte le attività rientranti nell’oggetto dell’appalto, né le è consentito di assimilare impropriamente il concetto di servizi analoghi con quello di servizi identici, considerato che la ratio di siffatte clausole è proprio quella di perseguire un opportuno contemperamento tra l’esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche (CdS n. 3220/2014)».**



# Differenza tra rinnovo e ripetizione di servizi analoghi – focus sulla giurisprudenza

---

**Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 2882 dell'11/05/2009**

## ***Differenza tra rinnovo del contratto e ripetizione di servizi analoghi***

Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato **ha respinto la teoria, avanzata da una stazione appaltante, dell'equiparazione tra il rinnovo e la ripetizione del servizio precisando sul punto quanto segue:**

«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 postula una nuova aggiudicazione (sia pure in forma negoziata) alla stregua di un progetto di base».

Si tratta, quindi, di **2 istituti profondamente distinti**: mentre il rinnovo risulta applicabile a qualsiasi rapporto e comporta una ripetizione delle prestazioni per una durata (nel caso di specie) pari a quella originariamente fissata nel contratto "rinnovando", la ripetizione dei servizi analoghi comporta un nuovo e diverso vincolo contrattuale, avente peraltro un diverso oggetto.

Il rinnovo, dunque, non costituisce una procedura di aggiudicazione ma, caso mai, una forma (sia pure abusata) di prosecuzione delle prestazioni; la ripetizione del servizio, invece, costituisce a tutti gli effetti una procedura (eccezionale) di aggiudicazione: eccezionale perché in evidente deroga ai principi dell'evidenza pubblica, tant'è che viene disciplinata tra le procedure negoziate senza bando come una fattispecie tassativa non suscettibile di estensione analogica.

# Differenza tra rinnovo e ripetizione di servizi analoghi - focus sulla giurisprudenza

---

## **ANAC delibera n. 1228 del 22 novembre 2017**

Con la delibera in oggetto, l'ANAC ha approvato il Bando tipo relativo alle procedure aperte per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Dalla sua lettura emerge come l'Autorità ha inteso distinguere fra l'istituto del rinnovo del contratto e quello dell'affidamento di «servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi», di cui all'art. 63 comma 5 del D. Lgs. n. 50/2016.

Nel citato documento, infatti, l'ANAC al par. 4.2 «OPZIONI E RINNOVI» elenca tra le clausole facoltative sia quella relativa al rinnovo del contratto che quella dell'affidamento di servizi analoghi lasciando pensare a **due istituti distinti e non equiparabili**.

A suffragare questa tesi interviene la nota illustrativa del Bando-tipo, dove viene precisato che **«sono da considerarsi servizi analoghi quelli che hanno relazione o qualcosa in comune con i servizi oggetto di affidamento principale, diversi dai servizi identici che possono più propriamente essere oggetto di rinnovo contrattuale. Per “ripetizione di servizi analoghi” ai sensi dell’art. 63 c. 5 del Codice è corretto, pertanto, intendere ripetizione di servizi non coincidenti con quelli originariamente previsti in gara. D'altra parte, la stessa giurisprudenza ha definito i servizi analoghi “quelli attinenti allo stesso settore dell'appalto da aggiudicare, ma concernenti, in riferimento allo specifico oggetto della procedura, tipologie diverse ed eterogenee” (Cons. Stato, Sez. IV, 11 novembre 2014 n. 5530)»**.

# Conformità dei nuovi servizi al progetto a base di gara

---

## **Cosa si intende per progetto a base di gara?**

*Ai sensi dell'art. 63, c.5: «Il progetto a base di gara indica l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati».*

**La ripetizione esige che la replica delle prestazioni avvenga sulla base del necessario progetto di gestione/organizzazione del servizio aggiudicato con la prima gara.**

# Conformità dei nuovi servizi al progetto a base di gara – focus sulla giurisprudenza

---

**Tar Reggio Calabria, sez. I, 29/12/2015 n.1287**

***Il progetto a base di gara deve essere redatto dalla SA e deve dimostrare l'aderenza dei servizi complementari***

Il TAR Calabria, nella sentenza in esame, ha chiarito che il progetto a base di gara ***“deve sostanziarsi in una pianificazione economico - prestazionale della stazione appaltante, assunta in sede di adozione della determinazione a contrarre, dalla quale risulti che la ripetizione delle prestazioni appare necessitata o conveniente sotto il profilo tecnico e/o economico.”***

# Conformità dei nuovi servizi al progetto a base di gara – focus sulla giurisprudenza

---

Consiglio di Stato, sez. IV, 27/01/2014 n. 355

***Il progetto a base di gara serve ad individuare i servizi che posso definirsi analoghi ma non attiene agli elementi di valutazione dell'offerta***

Nella sentenza in esame il Consiglio ha chiarito che: *«la disposizione di cui all'art. 57, comma 5 lett. b) del codice dei contratti, nel prevedere la possibilità di aggiudicazione con procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara per nuovi servizi, analoghi a quelli già aggiudicati in favore della medesima impresa, presuppone l'esistenza di un progetto di massima, oggetto di un precedente contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta, al solo scopo di delineare e rendere trasparenti le caratteristiche dei servizi che possano definirsi analoghi a quelli già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante. La disposizione, da interpretarsi in senso restrittivo, ha il solo scopo di evitare che il ricorso alla ripetizione di servizi analoghi possa risolversi in uno strumento per aggirare il pacifico divieto di rinnovo, configurandola alla stregua di nuova aggiudicazione in forma negoziata di servizi conformi ad un progetto base oggetto di precedente appalto. **Il progetto base consiste, quindi, in uno strumento di raffronto utile a circoscrivere la riedizione del rapporto di appalto mediante nuova aggiudicazione in forma negoziata, ma non attiene agli elementi di valutazione dell'offerta, che ben possono essere indicati dalla stazione appaltante nel solo prezzo».***

# Conformità dei nuovi servizi al progetto a base di gara – focus sulla giurisprudenza

---

**Tar Brescia, sez. II, 11/03/2011 n. 419**

***Il progetto a base di gara viene redatto dall'impresa appaltatrice ed è un documento diverso dal Capitolato***

Anche il Tar Brescia ha chiarito nella sentenza in oggetto che «***il progetto base, quale requisito per il ri-affidamento per la ripetizione di servizi analoghi, non può essere equiparato al capitolato speciale, posto che quest'ultimo risulta unilateralmente definito dall'amministrazione, mentre il primo deve essere elaborato dall'impresa appaltatrice. La locuzione "progetto-base" rinvia ad un documento differente il quale, come attesta il tenore letterale, è un'elaborazione capace di definire una serie di elementi ed opzioni attuali e futuri, per uno scenario mutevole, suscettibile di evolversi comprendendo nuove necessità***».

# Conformità dei nuovi servizi al progetto a base di gara – focus sulla giurisprudenza

Tar Roma, sez. I bis, 24/04/2008 n. 3546

***Inammissibilità della ripetizione dei servizi analoghi in assenza di un progetto di base redatto nella procedura di gara pregressa – Il progetto di base non può essere assimilato al Capitolato***

Anche nella suddetta sentenza il TAR Roma, nel caso di una gara in cui non era stata prevista tra i documenti di gara la redazione del progetto di base a carico dei concorrenti, ha chiarito che: «**la procedura negoziata di cui all'art. 57, c.5, lett.b) è inammissibile in mancanza dell'indefettibile presupposto applicativo della conformità dei nuovi servizi ad un progetto base, <al quale non può in alcun modo essere assimilato il capitolato speciale** (posto che quest'ultimo risulta unilateralmente definito dall'amministrazione, mentre il primo dev'essere elaborato dall'impresa appaltatrice, Cons. di Stato, Sez. IV, n. 6462/20069. (..) E' la stessa norma, di cui all'art. 57, a chiarire il momento in cui il progetto va redatto, dovendo quest'ultimo essere "stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta...>. Emerge, all'evidenza, che trattandosi di un nuovo affidamento quello oggetto di trattativa privata, e dovendo questo avvenire sulla scorta di un progetto di base oggetto di una precedente aggiudicazione, lo stesso presupposto deve essere contestualizzato all'interno della gara aperta o ristretta che ha dato luogo all'affidamento, e solo in questo caso il relativo oggetto, per essere successivamente ripetuto, può dare luogo a trattativa privata».

# Conformità dei nuovi servizi al progetto a base di gara – focus sulla giurisprudenza

Tar Milano, Sez. III, 06/11/2013 n. 2430

*L'oggetto del progetto di base può essere dedotto dal Capitolato*

In controtendenza rispetto all'orientamento maggioritario della giurisprudenza amministrativa sul punto, la sentenza n. 2340 del 2013, in cui in Tar Milano ha evidenziato, partendo dal presupposto che il contratto di ri-affidamento deve avere un oggetto identico al primo contratto, che: *«secondo la tesi di parte ricorrente la locuzione “progetto di base” rinvia ad un progetto redatto dal concorrente e valutato dall'ente, oggetto di documento specifico, non essendo sufficiente il richiamo a quanto previsto dal capitolato speciale. Il motivo non è fondato.*

*Ad avviso del Collegio infatti la definizione di progetto di base deve essere dedotta sulla base della finalità della norma: attraverso il progetto di base viene definito l'oggetto del nuovo contratto, che deve necessariamente essere uguale a quello del primo contratto. Pertanto **lo scopo e la funzione del progetto di base è di identificare l'oggetto del contratto di riaffidamento, che, dovendo necessariamente essere identico a quello del contratto originario, ben può essere dedotto dal capitolato**, quando questo definisce in modo puntuale e dettagliato la prestazione dell'appalto.*

*La finalità prioritaria della disposizione, cioè quella di garantire che venga svolta la stessa prestazione, è in tal modo rispettata, ed **il capitolato diviene quindi un atto equipollente al progetto di base**».*