



.....OMISSIS.....

Oggetto

Procedura negoziata senza bando – richiesta di parere.

Funz. Cons. 1/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 22 dicembre 2021, acquisita al prot. Aut. n. 92013, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 12 gennaio 2022, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento del 28 giugno 2017.

Con riferimento a quanto richiesto nella nota sopra indicata, riferita all’espletamento di una procedura negoziata ai sensi dell’art. 63 del d.lgs. 50/2016, si rinvia in primo luogo a quanto stabilito dalla norma citata, a tenore della quale le stazioni appaltanti – nei casi e nelle circostanze indicate nella norma – possono procedere all’affidamento dei lavori, servizi e forniture, mediante procedura negoziata «dando conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti» (comma 1).

Ai sensi del comma 6 «Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. L’amministrazione aggiudicatrice sceglie l’operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell’articolo 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l’affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione».

La stazione appaltante può individuare gli operatori economici da invitare alla procedura negoziata mediante indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti. L’Autorità, con Linee guida n. 4 (pubblicate sul sito istituzionale) ha fornito utili indicazioni in ordine alle modalità di svolgimento delle predette indagini di mercato e alla formazione degli elenchi costituiti a seguito di avviso pubblico.

La procedura negoziata costituisce, secondo quanto si ricava dal disposto del comma 6 di cui all’art.63 sopra richiamato «un meccanismo selettivo ad evidenza pubblica, *assimilabile alle procedure ordinarie*, quanto meno a partire dalla fase successiva all’individuazione dei competitors, ossia, in definitiva, in relazione al procedimento di valutazione delle offerte e di selezione del contraente. In altri e più chiari termini, ... *la procedura negoziata rappresenta, a*

tutti gli effetti, un procedimento selettivo tramite gara (...), con tutto ciò che ne consegue in termini di struttura del meccanismo selettivo (...)» (TAR Campania, n. 2725/2021).

Anche l'Autorità, in relazione alla procedura negoziata, ha osservato come già con la direttiva 2004/18/CE siano state introdotte, sotto il profilo procedimentale, alcune regole sui criteri di selezione delle offerte al fine di garantire la "par condicio" tra i concorrenti, contribuendo così ad una "procedimentalizzazione comunitaria" della procedura negoziata. Da ciò deriva, in particolare, l'applicazione dei principi generali di parità di trattamento e divieto di discriminazione e imparzialità ex art. 97 della Costituzione e quelli generali di trasparenza, concorrenza e rotazione, oltre ai principi istitutivi del Trattato, dal cui esame derivano "le regole generali imprescindibili che devono essere rispettate nel corso dell'affidamento" e "la corretta procedura che l'amministrazione deve seguire per selezionare il contraente" di cui all'art. 57, comma 6, d.lgs. n. 163/2006 [norma oggi sostituita dall'art. 63 del d.lgs. 50/2016] (delibera n. 39/2012; Det. n. 2/2011 e n. 8/2011).

Deriva da quanto sopra che in ossequio e a garanzia dei principi richiamati, come oggi sanciti dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016, nella procedura negoziata – che costituisce una procedura *ordinaria* di aggiudicazione (nel senso indicato) – devono essere rispettate le previsioni della lettera di invito, che costituisce *lex specialis* della gara (Cons. St. n. 3146/2019), anche da parte degli operatori economici invitati, i quali sono tenuti a formulare l'offerta e a presentare la documentazione necessaria per la partecipazione alla procedura negoziata, secondo quanto stabilito nel predetto documento, senza possibilità di procedere con modalità difformi o non previste nel bando o nella lettera di invito (in termini Consiglio di Stato n. 485/2013).

Ciò peraltro è chiaramente disposto dall'art. 94, comma 1, del Codice a tenore del quale «Gli appalti sono aggiudicati sulla base di criteri stabiliti conformemente agli articoli da 95 a 97 previa verifica, in applicazione degli articoli 85, 86 e 88, della sussistenza dei seguenti presupposti: a) *l'offerta è conforme ai requisiti, alle condizioni e ai criteri indicati nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse nonché nei documenti di gara*, tenuto conto, se del caso, dell'articolo 95, comma 14; b) l'offerta proviene da un offerente che non è escluso ai sensi dell'articolo 80 e che soddisfa i criteri di selezione fissati dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 83 e, se del caso, le norme e i criteri non discriminatori di cui all'articolo 91».

Sulla base di tale previsione, pertanto, deve ritenersi inammissibile un'offerta presentata nell'ambito di una procedura negoziata che non risulti conforme a quanto richiesto nella lettera di invito (in tal senso TAR Catanzaro n. 145/2017).

Quanto, invece, alla diversa questione relativa alla possibilità per la stazione appaltante di procedere all'aggiudicazione di un appalto in presenza di un'unica offerta valida, si evidenzia che il d.lgs. 50/2016, a differenza del previgente d.lgs. 163/2006, contemplante specifica disciplina al riguardo all'art. 55, comma 4, non contiene precise previsioni in ordine a tale aspetto della procedura di gara. L'art. 95, comma 12, prevede esclusivamente che «Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito».

In relazione a tale disposizione, tuttavia, l'Autorità ha chiarito che «Ai sensi dell'art. 95, comma 12, del D.Lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante ha la facoltà discrezionale di non

aggiudicare la gara (*anche in caso di unica offerta*) quando nessuna offerta sia ritenuta conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, *purché tale facoltà sia indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito* (tale ultimo inciso è stato introdotto dal nuovo Codice, in un'ottica di maggiore trasparenza e di valorizzazione della *lex specialis*). Tale potere ha carattere amplissimo ed altamente discrezionale, sindacabile solo qualora sia manifestamente illogico o viziato da travisamento dei fatti, in quanto è conseguenza di un apprezzamento riservato alla stazione appaltante» (del. n. 79/2020 – PREC 201/19/S-PB).

Nella stessa pronuncia è stato altresì evidenziato che «nonostante il D.Lgs. n. 50/2016 non abbia riprodotto l'art. 55, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006 (che consentiva alla stazione appaltante di prevedere nella legge di gara che non si sarebbe proceduto all'aggiudicazione nel caso di unica offerta valida), la facoltà di non aggiudicare, contemplata dal citato comma 12 dell'art. 95 del vigente Codice, *si applica anche in caso di unica offerta* (come nel caso di specie), purché ricorrano i presupposti ivi previsti (cfr. Cons. Stato, n. 6725/2018, cit., nonché, in termini generali, sui presupposti per non aggiudicare una gara, si veda Corte Giust. UE, 11 dicembre 2014, n. 440-13) (...). La giurisprudenza ha, inoltre, precisato che la motivazione del provvedimento di mancata aggiudicazione deve consentire di ricostruire l'iter logico con cui la stazione appaltante è pervenuta al giudizio di non convenienza o inidoneità dell'offerta, "dovendo risultare in termini puntuali e specifici gli elementi di inidoneità che giustificano la mancata aggiudicazione (cfr. Consiglio di Stato, V, 11 giugno 2013, n. 3215 e id., III, 20 aprile 2015, n. 1994), allo scopo di rendere palesi i risultati dell'istruttoria e le modalità con le quali questa è stata condotta (cfr. Consiglio di Stato, III, 10 agosto 2016, n. 3599)" (Cons. Stato, n. 6725/2018)».

Alla luce di quanto sopra, pertanto, è rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante l'eventuale aggiudicazione della procedura di gara in presenza di un'unica offerta valida, secondo i chiarimenti forniti dall'Autorità in ordine alle disposizioni del citato art. 95, comma 12, del d.lgs. 50/2016.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette quindi a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente il 19 gennaio 2022