



Città di Palermo

COMUNE DI PALERMO
 AREA DELLA RAGIONERIA GENERALE
 Il Ragioniere Generale
 Via Roma n.209 – 90133 PALERMO
 ragioneriagenerale@comune.palermo.it
 Sito internet www.comune.palermo.it



C.A.P. 90133

C.F. 80016350821

Ai Sigg. Capo Area

Ai Sigg. Dirigenti

E p. c. Al Sig. Sindaco – c/o Ufficio di Gabinetto

Al Sig. Assessore al Bilancio

Al Sig. Direttore Generale

Al Sig. Segretario Generale

Al Collegio dei Revisori

OGGETTO: Art. 76 D. Lgs 36/2023. Ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara

Come noto, il Codice degli Appalti, la cui disciplina è recata al D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in linea con il D.lgs. 50/2016, ammette la possibilità di utilizzare la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.

La disciplina specifica è contenuta nell'art. 76 del detto Codice, che, pur riproponendo il contenuto dell'art. 63 del Codice previgente, contiene delle puntuali e significative modifiche.

L'argomento è stato oggetto di specifica nota circolare prot. n. 624096 del 13.04.2018 (**Allegato A**), i cui contenuti si richiamano integralmente e si integrano, e in taluni punti si rafforzano con le previsioni di cui al citato art. 76, che di seguito si riassumano.

La più rilevante modifica sottesa alla sussistenza della condizione di infungibilità, alla base della prevista deroga alla regola della selezione attraverso gara pubblica è oggi rappresentata dal rafforzamento dell'onere della motivazione.

L'art. 63 del D.lgs. 50/2016 si limitava a disporre la necessità di *“un'adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei presupposti”*, mentre il corrispondente art. 76 del D.lgs. 36/2023 impone, invece, alle stazioni appaltanti una motivazione più articolata e legata alla *“specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano”*, nel cui ambito rientrano i tradizionali principi di non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità.

A tal fine, assume valore fondamentale l'esito delle consultazioni di mercato eventualmente eseguite.

Il carattere dell'eccezionalità di tale procedura viene enfatizzato dal comma 3 dell'articolo in esame, laddove si specifica *“Le eccezioni di cui al comma 2, lettera b), numeri 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”*.



Città di Palermo

COMUNE DI PALERMO

AREA DELLA RAGIONERIA GENERALE

Il Ragioniere Generale
Via Roma n.209 – 90133 PALERMO
ragioneriagenerale@comune.palermo.it
Sito internet www.comune.palermo.it



C.A.P. 90133

C.F. 80016350821

Nessuna novità si registra rispetto alle ipotesi tassative in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere a una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando, a tal proposito l'art. 76 al comma 2, per i lavori, servizi e forniture, ripropone le medesime fattispecie di cui all'art. 63 del D.lgs. 50/2016, restando fortemente coerente con l'elencazione generale di cui all'art. 70, comma 1, il quale individua quale procedura di scelta del contraente la procedura aperta, la procedura ristretta, la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo e il partenariato per l'innovazione.

La vigente norma, ponendosi in linea con l'orientamento pacifico della giurisprudenza euro-unitaria, prevede il ricorso alla procedura in esame nella misura strettamente necessaria, in casi di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili per l'Amministrazione, con l'ulteriore precisazione che *“le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici”*

Pertanto, quanto sopra è sussunto bene da quanto rilevato dal Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2016, n. 413 secondo cui *“Il sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando rappresenta, quindi, un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili d'interpretazione estensiva”*.

IL VICE RAGIONIERE GENERALE

Dott. Francesco Donia

IL RAGIONIERE GENERALE

Dott. Bohuslav Basile



Città di Palermo

COMUNE DI PALERMO
AREA DELLA RAGIONERIA GENERALE
Il Ragioniere Generale
Via Roma n.209 – 90133 PALERMO
ragioneriagenerale@comune.palermo.it
Sito internet www.comune.palermo.it



C.A.P. 90133

C.F. 80016350821

Documento firmato digitalmente ai sensi e per gli effetti degli artt.20 e 21 del D. Lgs. n.82 del 07.03.2005



COMUNE DI PALERMO

AREA DELLA RAGIONERIA GENERALE,

TRIBUTI E PATRIMONIO

Il Ragioniere Generale

C.A.P. 90133

C.F. 80016350821

Via Roma, n. 209 – 90133 PALERMO
Tel. 0917403601 – Fax 0917403699
Sito internet www.comune.palermo.it
E_MAIL ragioneriagenerale@comune.palermo.it

Ai Sigg.ri Dirigenti

E, p.c. Al Sig. Assessore al Bilancio

Al Sig. Segretario Generale

Prot. n. 624096 del 13.04.2018

Oggetto: Art 63, comma 2 lettera b) del D.lgs 50/2016.- Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara - indicazioni ANAC

Si ritiene necessario informare le SS.LL. delle indicazioni fornite dall'ANAC nelle Linee guida n. 8 - Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili - approvate con Delibera n. 950 del 13 settembre 2017, richiamate nella circolare del MEF n. 33 del 20 dicembre 2017, relativamente alla previsione di cui all'art.63, comma 2, lett. b), del D. Lgs. n.50/2016, disciplinante i casi in cui una fornitura e un servizio siano effettivamente infungibili.

Al riguardo, sia a cura del legislatore comunitario che nazionale, sono previste deroghe alla regola della selezione attraverso una selezione pubblica, considerato che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela e, conseguentemente, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe uno spreco di tempo e di risorse.

Naturalmente, 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.

In proposito, l'ANAC ha affermato che "Da un punto di vista giuridico ed economico, i concetti di infungibilità ed esclusività non sono sinonimi. L'esclusiva attiene all'esistenza di private industriali, mentre un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno".

Nei casi di infungibilità dei prodotti e dei servizi, il Codice prevede la possibilità di derogare ai principi dell'evidenza pubblica, e per potere avvalersi di tale deroga è necessario che l'amministrazione accerti con particolare rigore la sussistenza dei presupposti per ricorrere alla procedura negoziata e la scelta venga debitamente motivata nella determina a contrarre, ivi occorrendo che sia dato puntuale riscontro degli esiti dell'indagine di mercato e delle conclusioni che conducono a ritenere infungibile la fornitura o servizio.

Le eccezioni di cui alla lettera b) comma 2 in esame, 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.

Ed ancora, 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 (Consiglio di Stato, 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.

Del resto, va anche precisato che l'esclusiva si riferisce a un prodotto o a un processo, l'esistenza di un diritto esclusivo non implica necessariamente che il bisogno del contraente non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altri prodotti o processi (Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 18.01.2018 n. 310).

Si ritiene che una corretta programmazione e progettazione dei propri fabbisogni, nonché la verifica delle adeguate possibilità offerte dal mercato per soddisfare gli stessi, sia idonea a ridurre sensibilmente le ipotesi di ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione di bando.

Resta inteso che la responsabilità della valutazione della sussistenza dei presupposti ai fini del legittimo ricorso alla norma in parola ricade esclusivamente in capo al dirigente responsabile dell'adozione del provvedimento e che la anzidetta sussistenza dei requisiti si intende attestata con "la regolarità e la correttezza amministrativa ai sensi e per gli effetti di quanto dispone l'art. 147 bis del D. Lgs. 267/2000", rispetto al quale aspetto si rinvia alla nota dello scrivente prot. n. 616907 del 11.04.2018 (Allegato "A").



Ragioniere Generale
(Dott. Bohuslav Basile)

All "A"



COMUNE DI PALERMO

AREA DELLA RAGIONERIA GENERALE TRIBUTI E PATRIMONIO
UFFICIO IMPEGNI INTERVENTI FINANZIARI OO PP E
CONTABILITA'

Via Roma, n. 209 – 90133 PALERMO
Tel. 0917403601 – Fax 0917403699

C.A.P. 90133

C.F. 80016350821

Prot. n. 616907

Palermo, li 11/06/2018

Il responsabile del procedimento: dott.ssa Rosalia La Rosa

Al Sig.ri Dirigenti

e,p.c.

Al Sig. Assessore al Bilancio

Al Sig. Segretario Generale

Al Collegio dei Revisori

SEDE

OGGETTO: determinazioni dirigenziale di impegno di spesa- *Controllo di regolarità amministrativa e contabile nella fase preventiva di formazione degli atti amministrativi.*

Con il decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174 "Disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012" (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 7 dicembre 2012, n. 213), è stato ampliato e rafforzato il sistema dei controlli interni dell'ente locale, la cui articolata tipologia è dunque ora definita dagli artt. 147, 147 bis, 147 ter, 147 quater, e 147 quinquies D.Lgs. 267/2000 (TUEL).

In particolare, l'intero primo comma dell'art.147 bis D.Lgs. 267/2000 ⁽¹⁾ è dedicato al controllo di regolarità amministrativa e contabile degli atti amministrativi nella fase preventiva della formazione dell'atto, finalizzato a garantire la legittimità, la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa e si dispone che:

¹ L'art. 147 bis, primo comma, stabilisce che "il controllo di regolarità amministrativa e contabile è assicurato, nella fase preventiva della formazione dell'atto, da ogni responsabile di servizio ed è esercitato attraverso il rilascio del parere di regolarità tecnica attestante la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa. Il controllo contabile è effettuato dal responsabile del servizio finanziario ed è esercitato attraverso il rilascio del parere di regolarità contabile e del visto attestante la copertura finanziaria".

1. il controllo preventivo di regolarità amministrativa è esercitato da ogni responsabile di servizio attraverso il rilascio del parere di regolarità tecnica attestante la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa;
2. il controllo preventivo di regolarità contabile è esercitato dal responsabile del servizio finanziario attraverso il rilascio del parere di regolarità contabile e del visto attestante la copertura finanziaria.

Ciò premesso, appare ormai imprescindibile che i provvedimenti di impegno di spesa siano integrati, nella parte dispositiva (alla conclusione del testo), con l'attestazione di seguito indicata da parte della funzione dirigenziale che adotta comprovante la regolarità amministrativa:

"Di attestare la regolarità e la correttezza amministrativa del presente atto ai sensi e per gli effetti di quanto dispone l'art. 147 bis del D. Lgs. 267/2000.

Il Dirigente".

Nell'ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 5 L. 241/90, il responsabile del procedimento investito dell'istruttoria sia un soggetto diverso dal dirigente competente all'adozione dell'atto, alla fine della relazione di competenza, occorre inserire:

"Ritenuto che l'istruttoria preordinata alla emanazione del presente atto, consente di attestare la regolarità e la correttezza amministrativa di quest'ultimo ai sensi e per gli effetti di quanto dispone l'art. 147 bis del D. Lgs. 267/2000

Il Responsabile del procedimento".

Infine, dopo la firma del dirigente adottante l'atto, deve essere dedicata un'apposita sezione ai controlli da parte del Responsabile del servizio finanziario riportante la seguente formulazione:

"Sulla presente determinazione SI APPONE ai sensi dell'art.183, comma 7² e 147 bis, comma 1, D. Lgs. 267/2000, il visto di regolarità contabile con attestazione della copertura finanziaria nei termini di cui all'allegato certificato di impegno.

Il Ragioniere Generale"

A decorrere dalla data di adozione della presente circolare i provvedimenti di impegno dovranno essere corredati delle superiori attestazioni.

IL VICE RAGIONIERE GENERALE
(Dott. *Stefano Puleo*)

IL RAGIONIERE GENERALE
(Dott. *Bohuslav Basile*)



² Art 187, comma 7 del D.Lgs 267/00 "I provvedimenti dei responsabili dei servizi che comportano impegni di spesa sono trasmessi al responsabile del servizio finanziario e sono esecutivi con l'apposizione del visto di regolarità contabile attestante la copertura finanziaria".