

LEZIONE III

LE FASI DI FORMAZIONE DEL CONTRATTO PUBBLICO

SOMMARIO: 1. L'evidenza pubblica. – 2. La procedura di formazione del contratto pubblico passivo: in generale. – 3. La determina a contrarre. – 4. Le procedure di aggiudicazione *tout court*: la scelta del contraente. – 4.1. I sistemi di aggiudicazione. – 4.2. Le procedure 'ordinarie': procedura aperta e procedura ristretta. – 4.3. Le procedure straordinarie: la procedura competitiva con negoziazione. – 4.4. (*Segue*): Il dialogo competitivo. – 4.5. (*Segue*): la procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara. – 4.6. Partenariato per l'innovazione. – 5. Il bando. – 5.1. Natura, funzioni e struttura del bando di gara. – 5.2. Regime di impugnabilità del bando di gara. – 6. L'offerta e i criteri di selezione della migliore offerta. – 6.1. Definizione di offerta. – 6.2. Il principio di unicità dell'offerta. – 6.3. I criteri di selezione dell'offerta. – 7. L'aggiudicazione. – 7.1. L'aggiudicazione in generale. – 7.2. La proposta di aggiudicazione (*ex* aggiudicazione provvisoria). – 7.3. La verifica e approvazione della proposta di aggiudicazione. – 7.4. L'aggiudicazione (definitiva). – 7.5. L'aggiudicazione efficace e la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario. – 8. Gli obblighi di *stand still* e i termini per la stipula del contratto pubblico. – 8.1. Lo *stand still* in generale. – 8.2. Il primo termine dilatorio. – 8.3. Il secondo termine dilatorio. – 8.4. Le sanzioni per la violazione degli obblighi di *stand still*. – 8.5. Il termine 'massimo' per la stipula del contratto pubblico. – 9. La stipula del contratto.

1. L'evidenza pubblica

Il procedimento amministrativo che accompagna la conclusione dei contratti delle P.A. è caratterizzato dalla c.d. evidenza pubblica e segna, al contempo, la formazione della volontà dell'Amministrazione.

La procedimentalizzazione dell'attività negoziale dei contraenti di diritto pubblico (e dei soggetti a questi equiparati) contrassegna uno dei profili di specialità del contratto (passivo) pubblico e risponde all'esigenza di assicurare, anche nell'ambito di un'azione amministrativa che va progressivamente a delinarsi secondo moduli privatistici, il perseguimento dell'interesse pubblico, nonché la parità di condizioni fra le possibili controparti del contraente pubblico.

Del resto, come visto, se nei rapporti fra privati vige un regime di assoluta libertà per quanto attiene alla scelta del contraente, non essendo la stessa assoggettata ad alcuna regola, procedura o dovere motivazionale registrandosi una irrilevanza della fase che precede la stipulazione contrattuale (salvi gli obblighi di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c.), lo stesso non può dirsi per quanto attiene ai contratti di cui è parte una P.A.. La ragione di tale differenziazione risiede nel fatto che il privato, adoperando risorse proprie, è totalmente libero nell'esercizio della sua autonomia negoziale; la P.A., invece, anche quando ricorre a strumenti privatistici, pone in essere un'attività pur sempre volta al perseguimento dell'interesse pubblico, per mezzo di risorse pubbliche. La natura di atti amministrativi funzionali all'interesse pubblico dei contratti impedisce una completa libertà di azione di diritto comune e rende necessaria una procedura di evidenza pubblica che esterne le ragioni della congruità della scelta di quel contratto e di quel contraente rispetto all'interesse pubblico, in modo da consentire il sindacato in relazione alla tutela di quest'ultimo.

L'evidenza pubblica è, dunque, un modulo procedimentale applicabile a ciascun tipo contrattuale, in base a quanto stabilito dalla legge. Tale modulo è qualificato dalla coesistenza di due procedimenti:

- i) l'uno, intercorrente fra le parti, che attiene alla formazione della volontà alla stregua delle norme di diritto comune;
- ii) l'altro, che si svolge fra l'autorità stipulante e l'autorità di controllo, che costituisce un vero e proprio procedimento amministrativo, volto ad evidenziare l'interesse pubblico sotteso all'operazione contrattuale.

La normativa interna di evidenza pubblica risale alla Legge di contabilità di Stato (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440) e al Regolamento di contabilità di Stato (r.d. 23 maggio 1924, n. 827). Tale *corpus* normativo si poneva l'intento di tutelare l'interesse della P.A. al conseguimento della miscela ottimale tra qualità ed economicità della prestazione richiesta al privato, imponendo una procedura pubblicistica volta ad assicurare all'Amministrazione la stipulazione del contratto con il contraente più idoneo e, dunque, il conseguimento della migliore prestazione alle condizioni economicamente più favorevoli. In questo senso l'evidenza pubblica nazionale appariva incentrata sull'interesse della P.A., mentre l'interesse dei contraenti a vedere correttamente valutate le proprie offerte era un interesse solo occasionalmente e incidentalmente protetto.

Differenti sono le finalità perseguite dalle norme di evidenza pubblica di matrice comunitaria, le quali si occupano solo del momento della scelta e selezione del contraente, focalizzando la disciplina sulla tutela e valorizzazione della concorrenza. I diversi *stock* di direttive eurounitarie che si sono susseguite nella disciplina del settore della contrattualistica pubblica

si sono poste nel solco dell'attuazione: a) della libertà di circolazione dei servizi, intesa come libertà di un imprenditore o di un professionista di svolgere l'attività di impresa o professionale anche al di fuori del proprio ambito territoriale; b) della libertà di stabilimento, che si differenzia dalla prima nella misura in cui comporta il radicamento di un'organizzazione stabile di impresa. In questo senso, tali libertà rimarrebbero puramente virtuali, se poi si registrassero discriminazioni, fondate sulla nazionalità, tali da precludere a soggetti esteri la partecipazione a procedure d'appalto indette nel territorio nazionale e, dunque, la fruizione delle rilevanti opportunità economiche nascenti dal settore pubblico.

Le norme sulla concorrenza sono, dunque, volte a garantire a tutti gli operatori dell'Unione Europea la possibilità di esercitare senza discriminazioni, a parità di condizioni e senza barriere limitative le proprie *chances* competitive. In altri termini, l'evidenza pubblica nella accezione eurounitaria non è più posta solo a tutela dell'interesse dei soggetti pubblici, ma anche a salvaguardia dell'interesse degli imprenditori privati operanti nel mercato di riferimento e, quindi, dei potenziali contraenti¹.

2. La procedura di formazione del contratto pubblico passivo: in generale

Per quanto riguarda i contratti passivi, la procedura di formazione e conclusione degli stessi è disciplinata dagli artt. 32 e 33 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nel rispetto dei principi di derivazione UE e codificati all'art. 30 del medesimo d.lgs. n. 50/2016. I richiamati articoli contengono tutti gli *steps* procedurali la cui disciplina viene in seguito esplicitata e – in certo senso – esplosa nelle successive disposizioni codistiche².

In estrema sintesi, gli artt. 32 e 33, suddividono il procedimento di formazione del contratto pubblico nelle seguenti fasi:

- a) adozione della determina (o decreto) a contrarre;
- b) selezione dei partecipanti alla procedura di affidamento, seguita dall'individuazione del miglior offerente, attraverso della proposta di aggiudicazione;
- c) adozione dell'atto di aggiudicazione, previa verifica della proposta di aggiudicazione;

¹ Si cfr. A. GAMBERINI – F. MARASCIO, *Appunti per le lezioni del corso di diritto degli appalti dei servizi e dei contratti pubblici*, Milano, 2013, pp. 25 ss.

² In dottrina, si cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, pp. 1619 ss. e F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI, *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, 2015, pp. 362 ss.

- d) sottoscrizione del contratto, una volta divenuta efficace l'aggiudicazione (a seguito della verifica del possesso dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* di gara da parte dell'aggiudicatario) e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela;
- e) eventuale approvazione del contratto e altri controlli previsti dalle norme proprie dei singoli ordinamenti delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori, cui è subordinata l'efficacia del contratto.

Terminata la macro-fase pubblicistica della procedura, i rapporti tra le parti (pubblica/privata), relativamente all'esecuzione delle obbligazioni dedotte in contratto, sono disciplinati dal Codice Civile e – in generale – dal diritto privato, secondo quanto confermato dall'art. 30, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016.

In altri termini, la sottoscrizione del contratto costituisce il confine tra lo stadio propriamente pubblicistico, che vede la P.A. agire in qualità di autorità (ovverosia nell'esercizio del potere amministrativo), e lo stadio più propriamente privatistico, in cui il soggetto pubblico e quello privato sono posti su di un piano di parità, secondo la logica propria del diritto civile, ed uniti da rapporti fondati sul binomio diritto soggettivo – obbligo.

3. La determina a contrarre

La procedura di stipula di un contratto pubblico ha inizio con la determina (o decreto) a contrarre³.

Tale atto costituisce un provvedimento amministrativo di tipo gestionale che, ai sensi dell'art. 32, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, deve essere adottato dalle stazioni appaltanti prima dell'avvio di una procedura di affidamento di una commessa pubblica e nel rispetto degli atti di programmazione eventualmente previsti dal medesimo codice o dalla normativa vigente. Si tratta, dunque, di una manifestazione di volontà che si pone in rapporto di strumentalità con il contratto e ne costituisce l'indefettibile presupposto.

La determina a contrarre deve riportare i seguenti contenuti:

- a) gli elementi essenziali del futuro contratto;
- b) i criteri di selezione del contraente (ossia le procedure di gara disciplinate dagli artt. 59 ss. del d.lgs. n. 50/2016);
- c) i criteri di selezione delle offerte (ossia la scelta tra uno dei due criteri del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex artt. 94 ss. del d.lgs. n. 50/2016)⁴.

³ In dottrina, si cfr. A. GAMBERINI – F. MARASCIO, *Appunti per le lezioni del corso di diritto degli appalti ...*, op. cit., pp. 8 ss.

⁴ Il Decreto Correttivo del Codice ha, altresì, stabilito che – per l'affidamento di contratti

In chiave ricostruttiva dell'origine 'storica' dell'art. 32 del d.lgs. n. 50/2016 (omologo del previgente art. 11 del d.lgs. n. 163/2006), questo costituisce la generalizzazione della disciplina vigente in tema di procedure a evidenza pubblica svolte dagli enti locali. L'art. 192 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, infatti, prevedeva che la stipulazione dei contratti avrebbe dovuto essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante: (i) il fine che con il contratto si intende perseguire; (ii) oggetto, forma e clausole ritenute essenziali del contratto; (iii) modalità di scelta del contraente nonché le motivazioni che ne sono alla base.

Nel resto dell'articolato del Codice si rinvencono disposizioni che specificano ulteriormente i contenuti della determina a contrarre. A titolo esemplificativo: (i) ai sensi dell'art. 71, in caso di deroghe ai bandi-tipo predisposti dall'ANAC, il soggetto aggiudicatore è tenuto a dare un motivazione espressa in merito all'interno della determina a contrarre; (ii) ai sensi dell'art. 63, comma 1, qualora la P.A. opti per la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, è imposto un onere di adeguata motivazione circa la scelta operata; (iii) ai sensi dell'art. 95, commi 4 e 5, qualora le stazioni appaltanti decidano di non ricorrere al criterio di selezione delle offerte del prezzo economicamente più vantaggioso, queste sono tenute a darne motivazione in sede di determina a contrarre.

La giurisprudenza amministrativa ha classificato la determina a contrarre tra gli atti amministrativi a natura programmatica a rilevanza esclusivamente interna e dunque inidonea a produrre effetti verso terzi. Da tale assunto, discenderebbe la non immediata impugnabilità della determinazione nonché la revocabilità *ad nutum* della medesima⁵.

A livello teorico è, tuttavia, possibile individuare alcune ipotesi in cui già l'adozione della determina a contrarre concretizza una lesione della sfera giuridica del privato, rendendo così esperibile una impugnativa giurisdizionale finalizzata ad ottenerne l'annullamento. È questo – a titolo esemplificativo – il caso in cui la determina a contrarre contenga una scelta procedurale che determini una chiusura (anche solo potenziale del mercato): si

sottosoglia – la stazione appaltante può procedere direttamente tramite la determina a contrarre, inserendo al suo interno, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali se richiesti.

⁵ Si cfr. Targa Trento, 16 febbraio 2017, n. 53, secondo cui: “la determina a contrarre è un atto endoprocedimentale, di regola inidoneo a costituire in capo ai terzi posizioni di interesse qualificato, perché la sua funzione attiene essenzialmente alla corretta assunzione di impegni di spesa da parte dell'Amministrazione”.

pensi alla previsione di un affidamento con procedura negoziata ovvero con affidamento diretto. Sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che “*la scelta di ricorrere a trattativa privata per l’assegnazione di un servizio è sindacabile sotto il profilo del rispetto dei presupposti che legittimano la stazione appaltante ad adottare tale procedura in luogo di quelle più confacenti ai principi comunitari e nazionali di individuazione del contraente privato nei contratti della Pubblica Amministrazione*”⁶. Tale tipologia di impugnazione avverso la determina potrebbe essere esperita da tutti gli operatori appartenenti al settore economico cui si riferisce lo stipulando contratto, ritenendosi tale appartenenza idonea a differenziarne (sotto il profilo della legittimazione attiva) la posizione del ricorrente da quella del *quisque de populo*.

Inoltre, sotto altro profilo, già con la determina a contrarre può generarsi una posizione giuridica qualificata (con effetti, quindi, non solo ‘interni’) nei casi in cui la determinazione degli elementi essenziali del contratto e dei criteri di selezione non venga assolta dal (successivo) bando di gara, ma anticipatamente dalla stessa determina a contrarre. È l’ipotesi delle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara, in cui la stazione appaltante procede con l’adozione della determina a contrarre ad individuare gli elementi essenziali della procedura⁷.

Infine, l’importanza sostanziale della determina a contrarre è stata confermata dalla giurisprudenza che ha espressamente statuito che la revoca della stessa è destinata a travolgere gli atti della procedura di gara⁸.

4. Le procedure di aggiudicazione *tout court*: la scelta del contraente

4.1. I sistemi di aggiudicazione

La seconda fase della procedura è costituita dalla scelta del contraente che avviene, nelle sue diverse forme e moduli procedimentali, attraverso l’esperimento di una procedura (*lato sensu*) di gara.

I sistemi di aggiudicazione dei contratti pubblici passivi sono oggi elencati all’art. 59 del Nuovo Codice. L’elenco è il seguente:

⁶ Si cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2008, n. 2955.

⁷ Si cfr. Tar Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, 24 aprile 2012, n. 3663. Inoltre, si rammenti che con il Decreto correttivo al Codice è stato, altresì, previsto che, quanto agli affidamenti diretti, la stazione appaltante può avviare la procedura di affidamento tramite la sola determina a contrarre. In questa ipotesi, la stessa deve contenere – sebbene in modo semplificato – l’oggetto dell’affidamento, l’importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti.

⁸ Si cfr. ancora Trga Trento, 16 febbraio 2017, n. 53.

- a) la procedura aperta;
- b) la procedura ristretta;
- c) la procedura competitiva con negoziazione;
- d) il dialogo competitivo;
- e) la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara;
- f) il partenariato per l'innovazione.

Nell'ambito dei settori speciali è, altresì, prevista la procedura negoziata con previa indizione di gara (art. 124).

Il Codice del 2016 ha confermato l'esclusione dall'elenco delle “*procedure per l'individuazione degli offerenti*”, dei c.d. accordi quadro (art. 54) e dei sistemi dinamici di acquisizione (art. 55), che costituiscono altrettanti “strumenti” per giungere all'affidamento di commesse pubbliche. Nonostante tale esclusione appaia, a prima vista, corretta quanto ai sistemi dinamici, che costituiscono una particolare modalità di svolgimento di procedure aperte, dubbi residuano in ordine agli accordi quadro. Sarebbe riduttivo, infatti, parificarli a modalità di svolgimento di procedure aperte o ristrette, dovendosi al contrario riconoscere – per la specificità della disciplina – la loro natura di procedure autonome di selezione dei contraenti privati. Discorso ancora a sé va svolto per il c.d. “*project financing*”, che costituisce una specifica modalità per l'affidamento di concessioni di lavori pubblici.

4.2. Le procedure ‘ordinarie’: procedura aperta e procedura ristretta

In base alla legislazione vigente, pertanto, la procedura aperta e la procedura ristretta costituiscono i sistemi ordinari per aggiudicare contratti pubblici e la scelta su quale dei due modelli seguire è rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti. Al contrario, l'accesso alle altre procedure è consentito solo in ipotesi predeterminate a livello normativo.

La procedura aperta e quella ristretta rappresentano due modelli di gara analoghi (disciplinati, rispettivamente, agli artt. 60 e 61 del d.lgs. n. 50/2016). Nella procedura aperta, ogni operatore economico interessato a partecipare ha la facoltà di presentare un'offerta; alla procedura ristretta, invece, possono prendere parte soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti tra coloro che abbiano fatto domanda di partecipazione.

La sostanziale differenza tra le due tipologie di procedure ‘ordinarie’ risiede nella contestualizzazione temporale o meno (rispetto alla presentazione delle offerte) dell'ammissione dei concorrenti alla gara. In altri termini, a seguito della pubblicazione del bando/avviso di indizione di gara, nelle procedure aperte, i concorrenti presentano direttamente le offerte alle quali

è allegata la documentazione necessaria alla dimostrazione del possesso dei requisiti richiesti; alla gara sono, quindi, automaticamente ammessi tutti i soggetti in possesso dei requisiti richiesti dal bando e che abbiano presentato offerta. Nelle procedure ristrette, invece, agli aspiranti concorrenti è, dapprima, richiesto di presentare una domanda con la quale si fa richiesta alla stazione appaltante di partecipare alla procedura, dando dimostrazione del possesso dei requisiti prescritti dalla *lex specialis*; poi, solo i concorrenti che saranno invitati (con un secondo e distinto atto amministrativo, la c.d. lettera di invito) potranno presentare le proprie offerte.

4.3. Le procedure straordinarie: la procedura competitiva con negoziazione

Passando in rassegna le altre procedure (straordinarie), la prima è la procedura competitiva con negoziazione (art. 62 del d.lgs. n. 50/2016). Lo scopo di tale modulo procedimentale è quello di consentire alle stazioni appaltanti di consultare preventivamente il 'mercato' e di valutare (ed eventualmente modificare) assieme agli stessi operatori economici le condizioni di appalto e le varie soluzioni tecnico-economiche prospettate, ottimizzando, in tal modo, gli interessi (sia pubblici che privati) coinvolti. Simile alla procedura ristretta, quella competitiva con negoziazione se ne differenzia in particolare per la modificabilità delle offerte iniziali da parte dei concorrenti. In sintesi, la negoziazione tra stazione appaltante e gli operatori del mercato interessati all'appalto genera un inevitabile scambio di informazioni e di idee consentendo un migliore incontro tra gli scopi pubblici della prima con quelli privatistici dei secondi. Di converso, in considerazione di tale flusso di scambio, sono state introdotte una serie di garanzie al fine di evitare che un concorrente se ne avvantaggi a scapito di un altro (ferma la disciplina in tema di accesso, la stazione appaltante non può rilevare agli altri partecipanti informazioni riservate comunicate dal candidato o da un offerente senza il consenso di questi).

Ai sensi dell'art. 59, comma 2, del Codice, le amministrazioni aggiudicatrici possono accedere alla procedura competitiva con negoziazione (e al dialogo competitivo) esclusivamente nelle seguenti ipotesi:

- a) per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi in presenza di una o più delle seguenti condizioni: 1) le esigenze della stazione appaltante perseguite con l'appalto 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

dalla P.A. con riferimento a una norma, una valutazione tecnica europea, una specifica tecnica comune o un riferimento tecnico;

- b) 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 inammissibili⁹. In tali situazioni, le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a pubblicare un bando di gara se includono nella ulteriore procedura tutti, e soltanto, gli offerenti in possesso dei requisiti generali e speciali di partecipazione alla prima procedura e che avevano presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di appalto.

In ogni caso, al fine di evitare elusive nei casi sopraindicati alla lettera b), nella nuova procedura devono essere riprodotte nella sostanza le condizioni contrattuali originarie (comma 2-bis).

4.4. (Segue): *Il dialogo competitivo*

L'istituto del dialogo competitivo costituisce uno degli istituti più innovativi (quanto controversi) della disciplina dei contratti pubblici, introdotto originariamente con l'art. 58 del d.lgs. n. 163/2006 e confermato dal Legislatore della riforma all'art. 64 del d.lgs. n. 50/2016. Tale istituto, che costituisce una combinazione tra alcuni elementi della procedura ristretta e talune caratteristiche della procedura negoziata, si pone all'avanguardia tra i moduli procedurali che l'ordinamento prefigura (ed ha approntato) per garantire il confronto e la cooperazione tra pubblico e privato.

In estrema sintesi, questa procedura consente alla stazione appaltante, di avviare un dialogo con gli operatori economici al fine di elaborare una o più soluzioni, sulla base delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte. La stazione appaltante è tenuta a pubblicare un bando o un avviso di indizione della gara con il quale rendere nota l'intenzione di avviare la procedura in questione, individuando le necessità all'origine del dialogo e gli obiettivi da raggiungere attraverso di esso, nonché garantendo parità di trattamento a tutti i partecipanti.

Il dialogo prosegue – anche per fasi di *scrematura* successive – sino alla individuazione della/e soluzione/i ritenuta/e più idonea/e in relazione alle necessità e agli obiettivi prefissati. Nella fase del dialogo, le stazioni appal-

⁹ Ai sensi dell'art. 59, commi 3 e 4, del Codice, 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, invece, ritenute inammissibili le offerte: i) in relazione alle quali la commissione giudicatrice ritenga sussistenti gli estremi per informativa alla Procura della Repubblica per reati di corruzione o fenomeni collusivi; ii) che non hanno la qualificazione necessaria; iii) il cui prezzo supera l'importo posto dall'amministrazione aggiudicatrice a base di gara, stabilito e documentato prima dell'avvio della procedura di appalto*”.

tanti non possono trasmettere tra i concorrenti informazioni che possano avvantaggiarne alcuni a scapito di altri.

I partecipanti residui, quindi, su invito della stazione appaltante, presentano le offerte finali, che saranno valutate sulla base dei criteri di aggiudicazione indicati nel bando, identificando l'offerta più vantaggiosa in base al miglior rapporto qualità/prezzo.

Rispetto alla previgente disciplina dettata dal d.lgs. n. 163/2006, il dialogo competitivo non è più limitato alle ipotesi di “*appalti particolarmente complessi*”, ma una amministrazione aggiudicatrice vi può accedere – come visto – in tutte le ipotesi in cui è possibile ricorrere alla procedura competitiva con negoziazione.

4.5. (Segue): *la procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara*

Per quanto concerne la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara disciplinata dall'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016, questa consente alle P.A. di contrattare direttamente con un operatore economico le condizioni del contratto, prescindendo dall'osservanza di particolari forme procedurali, con un livello di libertà di azione che si avvicina a quello dei soggetti privati nell'ambito delle fasi pre-negoziati nel diritto civile.

Tale modalità di affidamento costituisce una variante delle procedure ristrette, caratterizzata da una più accentuata flessibilità, utilizzabile (in ragione dell'esigenza di tutelare la parità di condizioni tra i potenziali offerenti, garantendo al contempo la massima partecipazione da parte degli operatori economici) nei soli casi tassativamente previsti dal Codice. In considerazione dell'allontanamento dallo schema concorrenziale della gara *tout court*, oltre alla sussistenza dei presupposti previsti dal Legislatore, la stazione appaltante è tenuta a fornire adeguata motivazione circa le ragioni che hanno condotto all'adozione di tale procedura¹⁰.

I principali casi in cui una P.A. può accedere alla procedura negoziata sono:

¹⁰ La valorizzazione dei principi che informano la disciplina dell'affidamento delle commesse pubbliche (concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, ecc.) ha condotto i giudici amministrativi, già a partire dalla metà degli Anni Novanta, a riconoscere in capo al soggetto titolare di un'attività imprenditoriale operante nel medesimo settore cui afferisce il contratto affidato (o affidando) a trattativa privata/procedura negoziata, una posizione giuridica avente natura e consistenza di interesse legittimo, tale da consentirgli l'impugnazione sia della determinazione della stazione appaltante di procedere a trattativa privata, sia del finale affidamento disposto nei confronti del terzo affidatario. Si cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 marzo 1995, n. 454 e più di recente, sebbene incidentalmente Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4 e Cons. Stato, Sez. V, 9 luglio 2015, n. 3460.

- a) il previo esperimento di una gara andata deserta, ovvero senza che siano state presentate domande di partecipazione o offerte appropriate¹¹;
- b) la possibilità di affidare la commessa ad un unico operatore per: i) ragioni artistiche; ii) assenza di concorrenza per motivi tecnici; iii) private la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale;
- c) l'estrema urgenza dovuta a ipotesi imprevedibili e non addebitabili a responsabilità della P.A.

L'art. 63 prevede, infine, un'ulteriore casistica per i soli appalti di fornitura e di servizi. Mentre per i settori speciali la procedura negoziata si applica nei casi previsti dall'art. 125.

4.6. Partenariato per l'innovazione

Modulo procedimentale totalmente nuovo è il c.d. partenariato per l'innovazione introdotto e disciplinato dall'art. 65 del d.lgs. n. 50/2016.

Questa forma di partenariato (da non confondersi con le forme di partenariato pubblico privato di cui agli artt. 180 ss. del Codice che costituiscono delle forme contrattuali *tout court* e non delle procedure di affidamento) consente alle stazioni appaltanti di sviluppare e, successivamente, approvvigionarsi e acquisire prodotti, servizi o lavori altamente innovativi che non possono essere reperiti sul mercato esistente.

In ragione della potenziale (lunga) durata della procedura, devono essere fissati degli obiettivi intermedi, raggiunti i quali l'operatore economico deve essere remunerato. In ragione del conseguimento o meno di tali obiettivi, la stazione appaltante ha la facoltà di risolvere il rapporto convenzionale oppure, in caso di partenariato con più di un operatore, di limitarne il numero.

5. Il bando

5.1. Natura, funzioni e struttura del bando di gara

La pressoché totalità di tutte le procedure a evidenza pubblica sono indette tramite un atto amministrativo di natura generale che usualmente assume il nome di bando di gara (artt. 71 e 72 del Codice)¹².

¹¹ Ai sensi dell'art. 63 del Codice, una offerta non è ritenuta appropriata se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è, quindi, manifestamente inadeguata, salvo modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice e ai requisiti specificati nei documenti di gara. Una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata se l'operatore economico interessato deve o può essere escluso ai sensi dell'art. 80 del Codice o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 83 del Codice.

¹² Le eccezioni sono costituite dalle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un