



Prot. Gen. n. 8067

Pesaro, 07 marzo 2017

Classifica: 001-18

Fascicolo: 1/2017

Classifica: 002-4

Fascicolo: 5/2017

DIRETTIVA AMMINISTRATIVA N. 1/2017

MISURA P.T.P.C. N. 1/2017

**PROCEDURE NEGOZiate SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DEL BANDO (AFFIDAMENTO DIRETTO)
AI SENSI DELL'ART. 63 D.lgs. 50/2016, E INCENTIVI AI SENSI DELL'ART. 113 D.Lgs 50/2016**

Con riferimento alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, prevista dall'articolo 63 del d.lgs. 50/2016, si richiama la vostra attenzione sulle modalità di applicazione conseguenti la norma.

Art. 63.

(Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara)

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

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

a) qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, 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. Un'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'articolo 80 o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 83;

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;

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

3. Nel caso di appalti pubblici di forniture, la procedura di cui al presente articolo è, inoltre, consentita nei casi seguenti:

a) 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;

b) 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;



- c) per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime;
d) 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.
4. La procedura prevista dal presente articolo è, altresì, consentita negli appalti pubblici relativi ai servizi qualora l'appalto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, 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.
5. La presente procedura può essere utilizzata per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi al progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'articolo 59, comma 1. Il progetto a base di gara indica l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati. La possibilità di avvalersi della procedura prevista dal presente articolo è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è computato per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie di cui all'articolo 35, comma 1. Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale.
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.

In particolare si rileva che:

il comma 1° dichiara che gli enti possono aggiudicare gli appalti mediante affidamento diretto, **dando adeguata motivazione** del primo atto della procedura e a condizione che esistano determinati presupposti. I presupposti sono distinti, a seconda della tipologia di appalto, fra:

- lavori (classiche opere pubbliche con cantiere su immobili ecc.)
- forniture (acquisto di beni il cui valore deve prevalere sul costo d'installazione)
- servizi che attengono all'erogazione di prestazione d'opera il cui valore dei beni impiegati è inferiore al valore della prestazione.

Si ritiene necessario rammentare questa distinzione ai fini della corretta applicazione dell'articolo 63 del Codice degli appalti.

Il comma 2 dell'articolo 63 si riferisce a tutti i tipi di appalti: lavori, forniture e servizi. I tre presupposti possono essere alternativamente indicati come giustificativi dell'affidamento diretto, con relazione tecnica sottoscritta dal responsabile, e perfettamente aderente alla situazione di fatto descritta alle lettere a), b) e c) dell'articolo 63.

Il comma 3 si riferisce esclusivamente agli appalti di forniture o impianti, prevalendo sempre l'aspetto materiale dei beni sulla prestazione.

Il comma 4 si riferisce ai servizi.

Il comma 5 si riferisce a lavori o servizi, non a forniture.



È evidente che le differenti casistiche non possono sovrapporsi e non devono essere applicate in parte prelevandolo da un periodo e in parte su un altro periodo (effettuando ritagli della norma). Sulle determinazioni aventi ad oggetto appalti di qualsiasi natura che utilizzi un affidamento diretto, ai sensi dell'articolo 63, dovrà essere allegata, o individuata nel testo, la relazione del funzionario responsabile del procedimento, che dia la descrizione dello specifico oggetto di gara che corrisponda alla casistica dell'articolo 63, e a quanto previsto nella relazione tecnica di progetto o, preferendo, uno stralcio o una sintesi della stessa relazione perfettamente coerente a quanto descrive la norma.

Questo necessario comportamento, oltre ad essere aderente alla norma (articolo 63 comma 1), consente all'Ufficio, in via preventiva, di fare tutte le valutazioni idonee a prevedere tale situazione e ad esempio, in alcune ipotesi, valutare, già nel momento della progettazione iniziale, l'appalto complessivo di più stralci funzionali da aggiudicare alternativamente o successivamente alla verifica dei finanziamenti, ovvero appaltare progetti individuando da subito i lavori complementari.

Nell'ambito dei controlli a cui le determinazioni sono sottoposte in via successiva, sia per quanto riguarda le valutazioni sulla prevenzione dell'anticorruzione, sia quelle di competenza dei Revisori dei Conti, tale comportamento rende meno possibile dover incidere su provvedimenti già assunti, con conseguenze sul regolare funzionamento dell'Ente. In tal senso ritengo indispensabile, ai fini della prevenzione sull'anticorruzione, che qualsiasi affidamento diretto che superi 40 mila euro in generale e 80 mila euro per i lavori debba essere filtrato preventivamente alla stipulazione del contratto da parte dell'Ufficio Appalti e Contratti, onde approfondire le tematiche di giusta applicazione del Codice degli Appalti.

In connessione con l'argomento opere e appalti, appare opportuno esaminare l'articolo 113 del **Codice degli Appalti** definendo le seguenti linee d'indirizzo.



Art. 113

Incentivi per funzioni tecniche

1. Gli oneri inerenti alla progettazione, alla direzione dei lavori ovvero al direttore dell'esecuzione, alla vigilanza, ai collaudi tecnici e amministrativi ovvero alle verifiche di conformità, al collaudo statico, agli studi e alle ricerche connessi, alla progettazione dei piani di sicurezza e di coordinamento e al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione quando previsti ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, alle prestazioni professionali e specialistiche necessari per la redazione di un progetto esecutivo completo in ogni dettaglio fanno carico agli stanziamenti previsti per la realizzazione dei singoli lavori negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti.
2. A valere sugli stanziamenti di cui al comma 1 le amministrazioni pubbliche destinano a un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti pubblici esclusivamente per le attività di programmazione della spesa per investimenti, per la verifica preventiva dei progetti di predisposizione e di controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici, di responsabile unico del procedimento, di direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo ovvero di verifica di conformità, di collaudatore statico ove necessario per consentire l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti.
3. L'ottanta per cento delle risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi del comma 2 è ripartito, per ciascuna opera o lavoro, servizio, fornitura con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale, sulla base di apposito regolamento adottato dalle amministrazioni secondo i rispettivi ordinamenti, tra il responsabile unico del procedimento e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate al comma 2 nonché tra i loro collaboratori. Gli importi sono comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore stabilisce i criteri e le modalità per la riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro a fronte di eventuali incrementi dei tempi o dei costi non conformi alle norme del presente decreto. La corresponsione dell'incentivo è disposta dal dirigente o dal responsabile di servizio preposto alla struttura competente, previo accertamento delle specifiche attività svolte dai predetti dipendenti. Gli incentivi complessivamente corrisposti nel corso dell'anno al singolo dipendente, anche da diverse amministrazioni, non possono superare l'importo del 50 per cento del trattamento economico complessivo annuo lordo. Le quote parti dell'incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte dai medesimi dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, ovvero prive del predetto accertamento, incrementano la quota del fondo di cui al comma 2. Il presente comma non si applica al personale con qualifica dirigenziale.
4. Il restante 20 per cento delle risorse finanziarie del fondo di cui al comma 2 ad esclusione di risorse derivanti da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata e' destinato all'acquisto da parte dell'ente di beni, strumentazioni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione anche per il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici di modellazione elettronica informativa per l'edilizia e le infrastrutture, di implementazione delle banche dati per il controllo e il miglioramento della capacità di spesa e di efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche per i controlli. Una parte delle risorse può essere utilizzato per l'attivazione presso le amministrazioni aggiudicatrici di tirocini formativi e di orientamento di cui all'articolo 18 della legge 24 giugno 1997, n. 196 o per lo svolgimento di dottorati di ricerca di alta qualificazione nel settore dei contratti pubblici previa sottoscrizione di apposite convenzioni con le Università e gli istituti scolastici superiori.
5. Per i compiti svolti dal personale di una centrale unica di committenza nell'espletamento di procedure di acquisizione di lavori, servizi e forniture per conto di altri enti, può essere riconosciuta, su richiesta della centrale unica di committenza, una quota parte, non superiore ad un quarto, dell'incentivo previsto dal comma 2.

L'articolo 113, al comma 1, chiarisce che tutti gli oneri derivanti dalle funzioni tecniche necessarie alla realizzazione dell'opera sono a carico degli stanziamenti dei singoli lavori e quindi vanno ricondotti nel quadro tecnico di progetto.

L'articolo 113, al comma 2, stabilisce che le amministrazioni pubbliche costituiscono un fondo non superiore (e quindi anche inferiore) al 2% sull'importo dei lavori posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti pubblici e individua una serie di attività.



L'articolo 113 al comma 3, primo periodo, stabilisce che l'80% delle risorse finanziarie del fondo costituito, come detto dal comma 2, è ripartito, per ciascun intervento, con un apposito regolamento, tra il RUP, i soggetti che svolgono le funzioni tecniche e i loro collaboratori. È appena il caso di rilevare che, nell'ambito delle procedure di appalto, a livello di flusso procedimentale informatizzato, se nel momento in cui si provvede ad avviare l'intervento e fino alla fine di esso, negli atti non risulta l'individuazione del RUP, l'individuazione del responsabile e l'individuazione dei singoli collaboratori, difficilmente, a posteriori, si potrà ricondurre alla sola indicazione del dirigente chi ha fatto cosa.

Parimenti, come già evidenziato nella precedente direttiva che qui si richiama, senza l'adozione di apposito regolamento, non si potrà dare corso ad alcuna liquidazione.

L'articolo 113 comma 3, secondo periodo, prosegue indicando che gli importi sono comprensivi degli oneri previdenziali, assistenziali a carico dell'amministrazione.

L'articolo 113 comma 3, terzo periodo, stabilisce che l'Ente fissa i criteri per ridurre le risorse finanziarie qualora si evidenzino incrementi di tempi e di costi non conformi alle norme del presente decreto, il che significa incrementi di tempi e di costo dovuti a ritardi nelle procedure amministrative e altre azioni imputabile al comportamento dell'Ente.

L'articolo 133 comma 3, quarto periodo, afferma che l'incentivo è disposto dal dirigente previo accertamento della specifica attività svolta dai dipendenti, per cui è evidente che, al di là dell'individuazione della persona responsabile dell'attività, il dirigente dovrà accertare a consuntivo che lo stesso l'abbia effettivamente svolta.

L'articolo 133 comma 3, **quinto periodo**, dispone che gli incentivi corrisposti al singolo dipendente non possono superare il 50% del trattamento economico complessivo annuo lordo.

L'articolo 133 comma 3, **sesto periodo**, dice con chiarezza che le quote parti dell'incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte dai dipendenti e affidate a personale esterno, oppure non accertate dal dirigente, sono destinate ad incremento della quota del fondo generale incentivante. Il presente comma non si applica al personale dirigenziale, pertanto il fondo è destinato solo alle qualifiche non dirigenziali.

Come è evidente ed è principio generale in materia di attribuzione stipendiale ai dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni, la costituzione del fondo può essere incrementata solo sulla base di



espressa previsione normativa che indichi che quella somma va in quel fondo; qualsiasi duttile interpretazione diversa da questa costituisce presupposto di una futura responsabilità contabile e amministrativa.

L'articolo 133 comma 4, tenuto conto che fino a questo punto si è trattato l'argomento relativo all'80% e al 2%, dispone che il restante 20% deve essere destinato in parte all'ammodernamento delle strumentazioni tecnologiche degli uffici, in particolare informatiche, e una parte per la formazione del personale.

Il Comma 4 del medesimo articolo fa un inciso dicendo che il 20%, che andrebbe destinato all'acquisto di beni e alla formazione, deve essere ridotto delle risorse che derivano da finanziamenti europei o altri finanziamenti a destinazione vincolata, perché ovviamente tale finanziamenti, essendo destinati a realizzare opere e finalità individuate, non possono essere distolte, per esempio, per acquistare computer o per fare formazione, ma ritornano nei fondi vincolati. Se avesse voluto dire che dovevano essere parte di una ripartizione ai dipendenti, avrebbe dovuto indicarlo espressamente, cosa che non è avvenuta. E quindi non è fattibile.

Il segretario Generale
F.to Avv. Rita Benini