

Qual è la differenza fra una <procedura negoziata> e una <trattativa privata>?

Un'amministrazione che abbia dichiarato di aver bisogno di un qualsivoglia oggetto, può, dopo che le siano pervenute offerte, addivenire a trattativa privata con la motivazione che determinate caratteristiche di uno degli oggetti offertile, che lo rendono unico e ne rendono unico il fornitore, sono le più adatte alle sue esigenze?.

Nella «procedura negoziata l'amministrazione aggiudicatrice consulta le imprese di propria scelta e negozia con una o più di esse i termini del contratto». A tale procedura è consentito far ricorso quando una precedente gara, per pubblico incanto, licitazione privata o appalto concorso, ha avuto esito negativo, e in tal caso l'amministrazione emana un apposito bando per il prosieguo a trattativa privata, oppure ammette alla comparazione le imprese già ammesse alla precedente procedura ; tale procedimento è dunque pur sempre una procedura concorsuale, preceduta, in ogni caso, da un bando di gara; la "trattativa privata" invece è la contrattazione diretta, senza gara, tra una pubblica amministrazione e un privato; tra i casi in cui è consentita la trattativa privata senza bando, è previsto che le «forniture la cui fabbricazione o consegna può essere affidata, a causa delle particolarità tecniche, artistiche o per ragioni inerenti alla protezione dei diritti di esclusiva, unicamente a un fornitore determinato»: naturalmente, l'unicità del fornitore dev'essere certa prima di addivenire a trattativa privata, e la "indagine di mercato" può avere il solo scopo di acquisire la certezza di tale unicità o di escluderla.

Merita di essere segnalata la decisione numero 5766 del 7 novembre 2007 emessa dal Consiglio di Stato

Nel caso di un'indagine di mercato a cui è seguita l'aggiudicazione di un appalto, il Supremo Giudice amministrativo segnala che:

< Ciò premesso, l'Azienda, la quale col primo motivo sostiene di aver rispettato le regole della procedura negoziata e col secondo sostiene di avere legittimamente fatto ricorso alla trattativa privata, confonde le due procedure: nel caso in esame non si è trattato di procedura negoziata, bensì di trattativa privata, perché non c'è stato nessun bando. Il primo motivo dell'appello dell'Azienda, perciò, è infondato.>

allora il problema è

<La questione specifica è se l'amministrazione che abbia dichiarato di aver bisogno di un qualsivoglia oggetto (automobile, litotritore, apparecchio per l'ablazione del tessuto prostatico), possa poi, dopo che le siano pervenute offerte, addivenire a trattativa privata con la motivazione che determinate caratteristiche di uno degli oggetti offertile, che lo rendono unico e ne rendono unico il fornitore, sono le più adatte alle sue esigenze.>

la risposta arriva chiaramente:

< Posta la questione in questi semplici termini generali, apparirà chiaro che in tal caso, di fornitore unico individuato mediante caratteristiche dell'oggetto palesate a posteriori, dopo un'indagine di mercato, come conformi alle necessità dell'amministrazione, la trattativa privata non è consentita, perché altrimenti l'obbligo delle gare sarebbe vanificato, e la postuma dichiarazione delle proprie esigenze si presterebbe a giustificare qualsiasi scelta effettuata, appunto, senza gara.>

questa è la norma attuale:

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

Art. 56. Procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara
(art. 30, dir. 2004/18; art. 24, legge n. 109/1994; art. 9, d.lgs. n. 358/1992; art. 7, d.lgs. n. 157/1995)

1. Le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara, nelle seguenti ipotesi:

- a) quando, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate sono irregolari ovvero inammissibili, in ordine a quanto disposto dal presente codice in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Le stazioni appaltanti possono omettere la pubblicazione del bando di gara se invitano alla procedura negoziata tutti i concorrenti in possesso dei requisiti di cui agli [articoli da 34 a 45](#) che, nella procedura precedente, hanno presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima. Le disposizioni di cui alla presente lettera si applicano ai lavori di importo inferiore a un milione di euro;
- b) *(lettera soppressa dall'articolo 1, comma 1, lettera e), d.lgs. n. 113 del 2007)*
- c) *(lettera soppressa dall'articolo 1, comma 1, lettera e), d.lgs. n. 113 del 2007)*
- d) nel caso di appalti pubblici di lavori, per lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto, e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e sviluppo.

2. Nei casi di cui al comma 1, le stazioni appaltanti negoziano con gli offerenti le offerte presentate, per adeguarle alle esigenze indicate nel bando di gara, nel capitolato d'oneri e negli eventuali documenti complementari, e per individuare l'offerta migliore con i criteri di selezione di cui agli articoli 82 e 83.

3. Nel corso della negoziazione le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento tra tutti gli offerenti, e non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri.

4. Le stazioni appaltanti possono prevedere che la procedura negoziata si svolga in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare applicando i criteri di aggiudicazione indicati nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. Il ricorso a tale facoltà è indicato nel bando di gara o nel capitolato d'oneri.

Art. 57. Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara
(art. 31, dir. 2004/18; art. 9, d.lgs. n. 358/1992; art. 6, co. 2, legge n. 537/1993; art. 24, legge n. 109/1994; art. 7, d.lgs. n. 157/1995)

1. Le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle ipotesi seguenti, dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre.

2. Nei contratti pubblici relativi a lavori, forniture, servizi, la procedura è consentita:

- a) qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Alla Commissione, su sua richiesta, va trasmessa una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta e sulla opportunità della procedura negoziata. Le disposizioni contenute nella presente lettera si applicano ai lavori di importo inferiore a un milione di euro;

b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;

c) nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti.

3. Nei contratti pubblici relativi a forniture, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita:

- a) qualora i prodotti oggetto del contratto siano fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione, di studio o di sviluppo, a meno che non si tratti di produzione in quantità sufficiente ad accertare la redditività del prodotto o a coprire i costi di ricerca e messa a punto;
- b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate 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; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni;
- c) per forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime;
- d) per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato preventivo, di una liquidazione coatta amministrativa, di un'amministrazione straordinaria di grandi imprese.

4. Nei contratti pubblici relativi a servizi, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita qualora il contratto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso; in quest'ultimo caso tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati.

5. Nei contratti pubblici relativi a lavori e negli appalti pubblici relativi a servizi, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita:

a) per i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni:

- a.1) tali lavori o servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento;
- a.2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori o servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale;

**b) per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'[articolo 28](#).
*(lettera così sostituita dall'articolo 1, comma 1, lettera f), d.lgs. n. 113 del 2007)***

6. Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta

economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando.

7. E' in ogni caso vietato il rinnovo tacito dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi, lavori, e i contratti rinnovati tacitamente sono nulli.

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA

N. 5766/07 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 10614/05 REG:RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

+1204/06 REG:RIC

ha pronunciato la seguente

decisione

sui ricorsi in appello proposti

(procedimento 10614/2005) dall'AZIENDA OSPEDALIERA DI RILIEVO NAZIONALE

A. CARDARELLI, con sede in Napoli, in persona del dottor Enrico Iovino, direttore generale, difesa dall'avvocato Paolo Di Martino e domiciliata presso di lui in Roma, via dell'Orso 74;

contro

la società in nome collettivo TECNOGRAMMA DI RIVA & C., con sede in San Mauro Torinese, costituitasi in giudizio con l'avvocato Giuseppe Palma e domiciliata in Roma, via L. Luciani 1, presso lo studio dell'avvocato Ferruccio de Lorenzo;

e nei confronti

della società a responsabilità limitata BETA TECHNOMED ITALIA, con sede in Roma, non costituita in giudizio;

2) (procedimento 1204/2006) dalla società BETA TECHNOMED ITALIA, difesa dall'avvocato Gaetano Buscemi e domiciliata presso di lui in Roma, via A. Serpieri 8,

contro,

la società TECNOGRAMMA DI RIVA & C., costituitasi in giudizio con la difesa e la domiciliazione sopra indicate;

e nei confronti

dall'AZIENDA OSPEDALIERA DI RILIEVO NAZIONALE A. CARDARELLI, costituitasi in giudizio rappresentata, difesa e domiciliata come indicato sopra;

per la riforma

della sentenza 10 novembre 2005 n. 18839, con la quale il tribunale amministrativo regionale per la Campania, prima sezione, ha annullato il provvedimento 27 settembre 2004 n. 1060 del direttore generale dell'Azienda ospedaliera A. Cardarelli, di approvazione di un contratto con la società BETA Technomed Italia per l'acquisizione, in locazione finanziaria, di un'apparecchiatura per l'ablazione dei tessuti prostatici.

Visto il ricorso in appello 10614/2005, notificato il 16 e 19 e depositato il 29 dicembre 2005;

visto il controricorso della società ALFA di Paola Riva & C., depositato il 13 gennaio 2006;

vista la propria ordinanza 21 febbraio 2006 n. 873, con la quale è stata sospesa l'esecutività della sentenza impugnata;

viste le memorie difensive presentate, dalla società ALFA di Paola Riva & C. il 19 gennaio 2006 e il 10 aprile 2006, e dall'Azienda ospedaliera A. Cardarelli il 29 aprile 2006;

visto il ricorso in appello 1204/2006, spedito per la notificazione tramite il servizio postale il 31 gennaio 2006 e depositato il 13 febbraio 2006;

visto il controricorso dell'Azienda ospedaliera A. Cardarelli, depositato il 10 marzo 2006;

visto il controricorso della società ALFA di Paola R. & C., depositato il 30 marzo 2006;

vista la memoria difensiva presentata dalla società ALFA di Paola R. & C. il 10 aprile 2006;

viste le memorie difensive presentate dalle parti;

vista la propria ordinanza 17 novembre 2006 n. 6730, con la quale è stata ordinata la riunione dei giudizi e sono stati chiesti schiarimenti all'amministrazione;

visti i documenti prodotti, in esecuzione dell'ordinanza predetta, il 22 marzo 2007;

vista l'ulteriore memoria presentata dalla società ALFA di Paola R. & C. il 15 maggio 2007;

visti gli atti tutti della causa;

relatore, all'udienza del 5 giugno 2007, il consigliere Raffaele Carboni, e uditi altresì gli avvocati Di Lorenzo, in sostituzione dell'avvocato Palma, Di Martino e Buscemi;

ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

L'Azienda ospedaliera di Rilievo Nazionale A. Cardarelli (d'ora in poi: l'Azienda o l'Ospedale), con atto 18 settembre 2003 n. 759 dell'ufficio per l'acquisto dei beni predispose un elenco di nuovi strumenti da acquistare per i vari reparti, tra i quali figurava un'apparecchiatura per l'ablazione dei tessuti prostatici. L'Azienda con lettera del 25 maggio 2004 incaricò la società H.C., affidataria del servizio d'ingegneria clinica, di procedere a un'indagine di mercato con comparazione delle offerte per la locazione finanziaria della suddetta apparecchiatura. La ricerca venne limitata alle due sole imprese che vennero ritenute in grado di fornire l'apparecchiatura richiesta, la società ALFA di Paola R. & C (d'ora in poi: ALFA) e la società BETA Technomed Italia (d'ora in poi: BETA), alle quali il 6 giugno 2004 venne inviato un questionario relativo alle caratteristiche tecniche, strutturali e operative, della macchina che esse avrebbero potuto fornire. Le due

imprese risposero all'invito, ALFA descrivendo le caratteristiche del modello Sonablate 500 marca Focus Surgery, BETA descrivendo l'apparecchio di propria fabbricazione (marca BETA) indicato come modello Ablatherm. I dati così acquisiti vennero riportati e discussi in una relazione della società H.C., nella quale si esprimeva l'opinione che l'apparecchio di BETA fosse da considerare esclusivo, perché in possesso del marchio CE specifico per il trattamento del cancro della prostata e di tre modalità operative per il trattamento di quella patologia, trattamento di prima scelta, ritrattamento e trattamento successivo dopo prostatectomia radicale, e trattamento dopo radioterapia. Inoltre il primario di urologia dott. Alberto Masala, richiesto di un parere, confrontò le due attrezzature e ritenne preferibile quella distribuita da BETA perché era maggiormente corredata di informazioni tecniche ed era più diffusamente utilizzata, aveva tempi di procedura non eccessivamente lunghi ed era maggiormente utilizzabile con i pazienti già sottoposti ad altre terapie.

L'Azienda pertanto, ritenendo che la situazione le consentisse di addivenire a trattativa privata con BETA senza pubblicare un bando, ai sensi dell'articolo 9, comma 4, del decreto legislativo 24 luglio 1992 n. 358, dopo aver definito con BETA il corrispettivo per la locazione finanziaria dell'apparecchio (canone mensile di locazione, canone mensile di manutenzione e corrispettivo per il riscatto) ha concluso il contratto.

ALFA con ricorso al tribunale amministrativo regionale per la Campania notificato il 17 e il 20 settembre 2004 ha impugnato la decisione di concludere il contratto con BETA, chiedendo l'annullamento dell'atto e il risarcimento del danno. La ricorrente, pur riconoscendo all'amministrazione un ampio potere discrezionale nel procedere a indagini di mercato, ha sostenuto che essa non era stata coerente, perché, pur avendo effettuato un'indagine di tipo comparativo, non aveva poi motivato la scelta compiuta, né chiesto ad essa ricorrente un'offerta economica per il suo prodotto. Ha aggiunto che l'apparecchiatura della controinteressata era stata erroneamente riconosciuta in possesso di caratteristiche

esclusive, perché invece anche l'apparecchiatura della ricorrente possedeva le medesime caratteristiche, sicché non era stato legittimo il ricorso alla trattativa privata senza pubblicazione di bando. La ricorrente ha aggiunto considerazioni sulla preferibilità del proprio prodotto.

Il tribunale amministrativo regionale con la sentenza indicata in epigrafe ha accolto il ricorso, giudicando insussistenti le condizioni che legittimano la trattativa privata senza previa pubblicazione di bando,

L'Azienda e ALFA con due distinti ricorsi impugnano la sentenza. L'Azienda sostiene, da una parte, di avere rispettato la legge ponendo in essere una procedura negoziata con comparazione delle offerte, dall'altra che l'apparecchiatura di BETA era la sola che soddisfaceva alle sue esigenze. L'appello di Tecnogramma s'incentra invece sull'unicità della sua apparecchiatura, in particolare perché è l'unica dotata del marchio CE per il trattamento del cancro alla prostata, per le tre modalità operative di trattamento della predetta patologia, perché l'unica dotata di lunghezza focale regolabile mediante calcolatore e l'unica dotata di "tavolo-paziente" progettato per assicurare l'immobilità (del paziente) durante il trattamento.

DIRITTO

Il Collegio ritiene opportuno, preliminarmente, chiarire i termini normativi della questione. La trattativa privata è sempre stata intesa, nel diritto italiano, come la contrattazione diretta, senza gara, tra una pubblica amministrazione e un privato. Il decreto legislativo 24 settembre 1992 n. 358, che recepisce direttive CEE in materia di appalti pubblici di forniture, all'articolo 9 elenca invece la trattativa privata tra le procedure di scelta del contraente, definendola al comma 2 come «procedura negoziata in cui l'amministrazione aggiudicatrice consulta le imprese di propria scelta e negozia con una o più di esse i termini del contratto». A tale procedura è consentito far ricorso quando una

precedente gara, per pubblico incanto, licitazione privata o appalto concorso, ha avuto esito negativo, e in tal caso l'amministrazione emana un apposito bando per il prosieguo a trattativa privata, oppure ammette alla comparazione le imprese già ammesse alla precedente procedura (comma 3). La trattativa privata definita dai commi 2 e 3 è dunque pur sempre una procedura concorsuale, preceduta, in ogni caso, da un bando di gara, ed essa d'ora in poi si farà riferimento con l'espressione "procedura negoziata". Il comma 4 prevede invece i casi di «trattativa privata, senza preliminare pubblicazione di un bando di gara», ossia la trattativa privata qual è sempre stata intesa nel diritto italiano, e alla quale d'ora in poi si farà riferimento con l'espressione "trattativa privata" senz'altra specificazione. Ciò premesso, l'Azienda, la quale col primo motivo sostiene di aver rispettato le regole della procedura negoziata e col secondo sostiene di avere legittimamente fatto ricorso alla trattativa privata, confonde le due procedure: nel caso in esame non si è trattato di procedura negoziata, bensì di trattativa privata, perché non c'è stato nessun bando. Il primo motivo dell'appello dell'Azienda, perciò, è infondato.

Venendo alla questione principale, introdotta con il secondo motivo dell'appello dell'Azienda, tra i casi in cui è consentita la trattativa privata senza bando, l'alea "c" del comma 4 del citato articolo 9 prevede le «forniture la cui fabbricazione o consegna può essere affidata, a causa delle particolarità tecniche, artistiche o per ragioni inerenti alla protezione dei diritti di esclusiva, unicamente a un fornitore determinato». Naturalmente, l'unicità del fornitore dev'essere certa prima di addivenire a trattativa privata, e la "indagine di mercato" può avere il solo scopo di acquisire la certezza di tale unicità o di escluderla. Al Collegio peraltro non viene chiesto quale sia la procedura da seguire quando l'indagine abbia escluso, come nel caso in esame, l'unicità dell'oggetto richiesto (apparecchio per ablazione di tessuti prostatici). La questione specifica è se l'amministrazione che abbia dichiarato di aver bisogno di un qualsivoglia oggetto (automobile, litotritore, apparecchio

per l'ablazione del tessuto prostatico), possa poi, dopo che le siano pervenute offerte, addivenire a trattativa privata con la motivazione che determinate caratteristiche di uno degli oggetti offertile, che lo rendono unico e ne rendono unico il fornitore, sono le più adatte alle sue esigenze. Posta la questione in questi semplici termini generali, apparirà chiaro che in tal caso, di fornitore unico individuato mediante caratteristiche dell'oggetto palesate *a posteriori*, dopo un'indagine di mercato, come conformi alle necessità dell'amministrazione, la trattativa privata non è consentita, perché altrimenti l'obbligo delle gare sarebbe vanificato, e la postuma dichiarazione delle proprie esigenze si presterebbe a giustificare qualsiasi scelta effettuata, appunto, senza gara.

La decisione del primo giudice, pertanto, è corretta e va confermata.

In conclusione gli appelli, già riuniti, vanno respinti. Le spese di giudizio vanno senz'altro compensate, data la novità e particolarità della questione.

Per questi motivi

respinge gli appelli indicati in epigrafe e compensa le spese di giudizio.

Così deciso in Roma il 5 giugno 2007 dal collegio costituito dai signori:

Emidio Frascione	presidente
Raffaele Carboni	componente, estensore
Caro Lucrezio Monticelli	componente
Marzio Branca	componente
Aniello Cerreto	componente

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Raffaele Carboni

F.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

F.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 7-11-2007

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

p.IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi