

VADEMECUM RUP

Il Codice dei contratti pubblici D. Lgs. 36/2023 nella giurisprudenza Artt. 70 - 76

TF APPALTI

Avv. Danilo Argeri

Avv. Anna Lagonegro

D. Lgs 36/2023

Art. 70 – Procedure di scelta e relativi presupposti

In linea con i criteri fissati nell'incipit della legge delega n. 78/2022, il Codice impronta la disciplina delle procedure di scelta del contraente e dello svolgimento delle procedure di gara a parametri di linearità e trasparenza, sistematizzando le singole disposizioni e limitando l'introduzione o il mantenimento, per le stazioni appaltanti, di vincoli motivazionali e operativi ultronei rispetto a quelli previsti dalle direttive comunitarie.

Con l'art. 70 vengono disciplinati i presupposti per la scelta delle diverse procedure esonerando le amministrazioni dal motivare il perché della scelta dell'una, piuttosto che dell'altra.

Le procedure delineate dal Codice per l'aggiudicazione di appalti pubblici sono:

- procedura aperta
- procedura ristretta
- procedura competitiva con negoziazione
- il dialogo competitivo
- partenariato per l'innovazione.

D. Lgs 36/2023

Art. 70 – Procedure di scelta e relativi presupposti

Aspetti comuni nelle diverse procedure

Le stazioni appaltanti hanno l'obbligo, in caso di avvio di una procedura competitiva con negoziazione, di dialogo competitivo e di partenariato di:

- invitare almeno 3 operatori
- non fornire informazioni discriminatorie ai partecipanti
- serbare il segreto sulle soluzioni da ciascuno offerte.

Le predette tipologie e le procedure ristrette sono accomunate dall'obbligo dell'amministrazione di prevedere e applicare nei bandi, o negli inviti, o nelle manifestazioni di interesse, criteri e regole non discriminatorie.

Non possono essere ammessi, inoltre, operatori privi delle capacità richieste o che non abbiano chiesto di partecipare

Nelle procedure ristrette devono essere invitati almeno 5 operatori

D. Lgs 36/2023

Art. 70 – Procedure di scelta e relativi presupposti

Parametri di riferimento per l'ammissibilità delle offerte

Sono inammissibili le offerte:

- a) non conformi ai documenti di gara;
- b) ricevute oltre i termini indicati nel bando o nell'invito con cui si indice la gara;
- c) in relazione alle quali vi sono prove di corruzione o collusione;
- d) considerate anormalmente basse;
- e) presentate da offerenti che non possiedono la qualificazione necessaria;
- f) il cui prezzo supera l'importo posto a base di gara, stabilito e documentato prima dell'avvio della procedura di appalto, salvo che il bando non preveda espressamente tale possibilità, individuandone i limiti di operatività.

**Conformità delle offerte
ai documenti di gara**



**CdS, Sez. V, 05.06.2025,
N. 4877**



Purchè sottoscritta, e
corredata da documento di
identificazione, è da
ritenersi valida l'offerta
economica sottoscritta in
modalità – analogica -
differente da quella –
digitale - prevista dalla
documentazione di gara.

La modalità analogica, sebbene non espressamente prevista dalla legge di gara, comunque va considerata equipollente alla firma digitale ai sensi dell'art. 65 del codice dell'amministrazione digitale (D.Lgs. n. 82 del 2005), disposizione primaria questa che dunque ben può efficacemente eterointegrare - senza disapplicazione alcuna - le disposizioni di cui alla documentazione di gara.

L'istituto della eterointegrazione «ha come necessario presupposto la sussistenza di una «lacuna» nella legge di gara e, solo nel caso in cui la stazione appaltante ometta di inserire nella disciplina di gara elementi previsti come obbligatori dall'ordinamento giuridico, soccorre il meccanismo di integrazione automatica in base alla normativa in materia, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli artt. 1374 e 1339 c.c., colmandosi in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato dalla Pubblica amministrazione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4903)» (Cons. Stato, sez. III, 18 ottobre 2023, n. 9078; Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10935).

La documentazione di gara non può imporre la sottoscrizione in forma digitale a pena di nullità in quanto solo la legge può prescrivere una determinata forma sotto pena di nullità. (Cons. Stato, Sez. IV, 26 giugno 2025, n. 5747)

Conformità delle offerte ai documenti di gara



**Tar Calabria, Catanzaro,
Sez. I, 23.12.2024, N. 1833**



Sono illegittime e quindi annullabili le offerte economiche che non rispecchiano le prescrizioni della documentazione di gara, in particolare quando l'importo complessivo dell'offerta include erroneamente costi non soggetti a ribasso, violando le norme di cui al disciplinare e all'art. 70, comma 4, D. Lgs. n. 36 del 2023.

Il bando di gara rappresenta il documento fondamentale del procedimento di evidenza pubblica, al quale è rimesso di individuare i necessari riferimenti e gli eventuali collegamenti agli (ulteriori, correlati e successivi) atti di gara, i quali derivano il proprio contenuto (e la propria «legittimazione» funzionale) necessariamente dal primo, cosicché se ne trae il corollario di una gerarchia differenziata all'interno della complessiva documentazione di gara, che – con specifico riguardo alla risoluzione di concreti contrasti interni tra le varie disposizioni della *lex specialis* - impone di dare la prevalenza alle previsioni del bando, laddove le disposizioni del capitolato (o del disciplinare) possono soltanto integrare, ma non modificare le prime (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 30 agosto 2022, n. 7573).

**Conformità delle offerte
ai documenti di gara**



**Tar Toscana, Firenze,
Sez. II, 23.04.2024, N. 493**



Non esiste alcuna norma di legge che consenta di sanzionare con l'esclusione dalla gara il mancato utilizzo di un modulo predisposto dalla stazione appaltante per la redazione dell'offerta (cfr. ex multis, Con. Stato, sez. V, 27/01/2020, n. 680; TAR Lazio, 22/12/2023, sent. n. 19565).

Le irregolarità delle offerte risultano disciplinate all'art. 70, comma 4 lett. a) del D.Lgs. n. 36 del 2023 e si sostanziano nel mancato rispetto dei documenti di gara. Tale disposizione deve essere interpretata nel senso che non ogni omissione o non conformità di domanda e offerta alla *lex specialis* possono condurre a ipotesi di irregolarità insanabile foriera di esclusione, ma solo quelle che generano la mancanza di elementi essenziali dell'offerta (sul piano amministrativo, tecnico ed economico) oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante.

Una diversa lettura condurrebbe a un'interpretazione della *lex specialis* in violazione del principio del *favor participationis* nonché del principio del raggiungimento dello scopo di cui all'art. 1 del D.Lgs. n. 36/2023. Ciò in contrasto con il consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui «a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola contenuta in un bando o in un disciplinare di gara, va sempre preferita la scelta ermeneutica che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti» (ex multis Cons. Stato, sez. III, 26 maggio 2023, n. 5177; Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2023, n. 1589) e, dunque «maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale, oltre che della tassatività - intesa anche nel senso di tipicità ed inequivocabilità - delle cause di esclusione» (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2023, n. 5393).

Conformità delle offerte ai documenti di gara



Tar Sicilia, Catania, Sez. V, 28.02.2025, N. 786



È possibile che l'operatore economico commetta errori nella formulazione dell'offerta, che, ove «*riconoscibili*» dalla commissione di gara ed emendabili senza interventi «*additivi*» del dichiarante, possono costituire oggetto di approfondimento istruttorio.

Laddove la non conformità dell'offerta ai documenti di gara non risulti sostanziale, come richiesto dall'art. 70, comma 4° lett. a) del D.lgs. n. 36/2023, ma si sostanzi su un mero refuso riconoscibile *ictu oculi* e, pertanto, emendabile in applicazione dell'art. 101, comma 3° del D.lgs. n. 36/2023, la stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. Ciò fermo restando che i chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica. È quindi ammissibile che l'operatore economico possa essere chiamato a «*chiarire*» alcuni aspetti dell'offerta per dissipare i dubbi sulla sua interpretazione, sempreché ciò non implichi forme di integrazione postuma della proposta negoziale già formulata, che deve essere *ab origine* completa di tutte le voci richieste dalla *lex specialis*.

Ciò che si richiede al fine di poter identificare un errore materiale all'interno dell'offerta di gara e, quindi, procedere legittimamente alla sua rettifica, è che l'espressione erronea sia univocamente riconoscibile come tale, ovvero come frutto di un «*errore ostativo*» intervenuto nella fase della estrinsecazione formale della volontà. La valutazione che la stazione appaltante è chiamata a svolgere, proprio perché si connota di oggettività e di immediatezza non può derivare da sforzi ricostruttivi e interpretativi, ma deve arrestarsi al riscontro di un'inesatta formulazione «*materiale*» dell'atto (Cons. Stato, Sez. III, 09 dicembre 2020, n. 7758)

D. Lgs 36/2023

Art. 71 – Procedura aperta

L'art. 71 disciplina la procedura aperta che comporta la pubblicazione di un bando di gara completo delle informazioni necessarie a individuare l'oggetto del contratto e le modalità di svolgimento della selezione. Nelle procedure aperte qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara. Il termine di presentazione delle domande di partecipazione non può essere inferiore a 30 giorni; le offerte possono essere presentate solo da coloro che siano stati invitati dall'amministrazione. Anche per le offerte il termine ordinario è di 30 giorni con possibilità di poterlo ridurre a non meno di 15 giorni in due specifici casi:

- qualora ricorrano ragioni di urgenza che devono essere congruamente motivate;
- qualora la procedura sia stata preceduta da un avviso di pre - informazione, in tal caso devono, però, ricorrere due condizioni:
 - ✓ l'avviso deve essere completo di tutte le informazioni necessarie e di quelle indicate nell'All. II.6, parte I, lettera B, Sezione B1 al Codice;
 - ✓ l'avviso deve essere stato inviato alla pubblicazione da non meno di 35 giorni e non oltre 12 mesi prima della data di trasmissione del bando di gara.

D. Lgs 36/2023

Art. 72 – Procedura ristretta

Nelle procedure ristrette qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara contenente i dati di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera B o C a seconda del caso, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante. I termini di presentazione della domanda di partecipazione sono pari a 30 giorni dalla trasmissione del bando, come per la procedura aperta, ma le offerte possono poi essere presentate solo da coloro che siano stati invitati a farlo dall'amministrazione sulla base delle informazioni fornite. Anche per le offerte il termine ordinario è di 30 giorni ma può ridursi fino a 10 e senza alcun obbligo di motivazione dell'urgenza, con l'unica condizione che il bando sia stato preceduto da un avviso di pre-informazione che abbia le medesime caratteristiche di quello previsto per la procedura aperta. A differenza di quanto accade in caso di procedura aperta, la stazione appaltante può concordare con i partecipanti un termine di ricezione delle offerte, uguale per tutti e, in caso di disaccordo, fissarlo autonomamente in non meno di 10 giorni dalla data di invio dell'invito a presentare le offerte. Per motivate ragioni di urgenza l'amministrazione procedente può ridurre il termine di presentazione delle offerte fino a 15 giorni dalla data di pubblicazione del bando di gara, ovvero fino a 10 giorni dall'invio dell'invito a presentare le offerte.

Procedura ristretta



Tar Calabria, Reggio Calabria, 31.07.2023, N. 649



La procedura «*ristretta*» è una delle due procedure «*ordinarie*» di scelta del contraente definite dal codice dei contratti pubblici (l'altra è quella «*aperta*»), alla quale ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui soltanto gli operatori economici invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici sono abilitati a presentare un'offerta.

Nella procedura «*ristretta*» la stazione appaltante pubblica un avviso, ovvero un bando, al quale tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti richiesti possono partecipare, auto-vincolandosi a non esercitare a monte la facoltà di scelta di quali operatori economici invitare, ma preferendo prima compulsare il mercato al fine di far emergere specifiche manifestazioni di interesse compatibili con la tipologia dei servizi, dei lavori e delle forniture da affidare. A ciò corrisponde il «*diritto*» di un operatore economico di partecipare a prescindere dalla eventuale qualità di appaltatore uscente, a maggior ragione se nessuna disposizione di gara ne prescrive espressamente il divieto.

Se la gara risulta preceduta dall'individuazione discrezionale dei soggetti partecipanti, essa va qualificata come procedura negoziata in senso stretto, e quindi soggiace al principio di rotazione, e non come procedura ristretta alla quale tale principio non deve applicarsi

Procedura ristretta e sistema dinamico di acquisizione (art. 32 D. Lgs 36/2023)



CDS, Sez. V, 27.06.2025, N. 5599



La disciplina delle procedure ristrette trova applicazione nell'ambito dei Sistemi Dinamici di acquisizione, in forza del rinvio contenuto al comma 2 dell'art. 32 del D.Lgs 36/2023.

Lo schema del sistema dinamico di acquisizione è quello della procedura ristretta di cui all'art. 72 che impone una fase di prequalificazione e una di affidamento del contratto. L'istituzione del sistema dinamico di acquisizione coincide con la prequalifica nella procedura ristretta. L'ammissione al sistema è una operazione preliminare cui segue l'avvio di un appalto specifico. Questa seconda fase prende ordinariamente avvio con l'invito a tutti i partecipanti (ovviamente) già ammessi e non da ammettere. L'appalto viene aggiudicato all'offerente che ha presentato la migliore offerta sulla base dei criteri di aggiudicazione enunciati nel bando di gara per l'istituzione del sistema dinamico di acquisizione o, se un avviso di preinformazione è utilizzato come mezzo di indizione, nell'invito a confermare interesse.

**Procedura ristretta e
sistema dinamico di
acquisizione (art. 32 D.
Lgs 36/2023)**



**CDS, Sez. V, 27.06.2025,
N. 5599**



Una procedura ristretta non
può essere strutturata
prevedendo il continuo
aggiornamento degli
operatori da invitare dopo
che è già stata inoltrata la
lettera di invito.

L'applicazione della disciplina della procedura ristretta al sistema dinamico di acquisizione comporta che gli operatori economici non possono pretendere di partecipare all'appalto specifico dopo che sono state inoltrate le lettere di invito perché ciò significherebbe «saltare» la fase di prequalifica che non si può pretendere che venga svolta «al contrario», cioè dopo l'avvio dell'appalto specifico.

D. Lgs 36/2023

Art. 73 – Procedura competitiva con negoziazione

Nelle procedure competitive con negoziazione qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara contenente le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte I, lettere B o C, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante.

Solo gli operatori economici invitati dalla stazione appaltante, in seguito alla valutazione delle informazioni fornite, possono presentare un'offerta iniziale.

Le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti sulla base delle offerte iniziali senza negoziazione qualora abbiano indicato, nel bando di gara o nell'invito a confermare l'interesse, che si riservano tale possibilità.

Salvo quanto sopra, l'offerta iniziale e quelle successive, esclusa l'offerta finale, possono essere negoziate per migliorarne il contenuto, salvo che per gli aspetti relativi ai requisiti minimi e ai criteri di aggiudicazione

D. Lgs 36/2023

Art. 73 - Procedura competitiva con negoziazione

L'art. 70 prevede due casi in cui può farsi ricorso alla procedura competitiva con negoziazione:

LA PROCEDURA COMPETITIVA CON NEGOZIAZIONE

Tipo di appalto

Condizioni alternative

Lavori, servizi e forniture

- 1) quando le esigenze della Stazione Appaltante non possono essere perseguite con le altre procedure;
- 2) quando le predette esigenze implicino soluzioni o progetti innovativi;
- 3) quando ricorrano circostanze particolari per la natura, la complessità o l'impostazione finanziaria e giuridica dell'appalto o per i rischi connessi;
- 4) quando le specifiche tecniche non possano essere stabilite con sufficiente precisione dalla Stazione Appaltante.

Lavori, servizi e forniture

- Quando in una procedura aperta o ristretta siano state presentate solo offerte inammissibili, ossia:
- 1) le offerte non siano state conformi ai documenti di gara;
 - 2) le offerte siano state ricevute oltre i termini
 - 3) le offerte per le quali vi sia prova di corruzione o collusione;
 - 4) le offerte anormalmente basse;
 - 5) le offerte prestante da soggetti privi della necessaria qualificazione;
 - 6) le offerte con prezzo che superi l'importo posto a base di gara, stabilito e documentato prima dell'avvio della procedura.

D. Lgs 36/2023

Art. 73 – Procedura competitiva con negoziazione

Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o, se è utilizzato come mezzo di indizione di una gara un avviso di pre-informazione, dalla data d'invio dell'invito a confermare il proprio interesse (art. 73, co. 4).

Il termine per la presentazione delle offerte iniziali è di venticinque giorni dalla data di trasmissione dell'invito.

Entrambi i termini possono essere ridotti negli stessi casi previsti per la procedura ristretta.

D. Lgs 36/2023

Art. 73 – Procedura competitiva con negoziazione

Se previsto nei documenti di gara, fermo restando il criterio di aggiudicazione, le procedure competitive con negoziazione possono svolgersi in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare.

La stazione appaltante deve informare per iscritto tutti gli offerenti non esclusi, delle modifiche alle specifiche tecniche o ad altri documenti di gara diversi da quelli che stabiliscono i requisiti minimi, concedendo ad essi un tempo sufficiente per modificare e ripresentare le offerte modificate.

Quando le stazioni appaltanti intendono concludere le negoziazioni, esse informano gli altri offerenti e stabiliscono un termine entro il quale possono essere presentate offerte nuove o modificate.

D. Lgs 36/2023

Art. 74 – Dialogo competitivo

Nel dialogo competitivo qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare in risposta a un bando di gara, o a un avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante entro 30 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o dell'avviso di indizione.

L'ente procedente rende note, attraverso il bando di gara o l'avviso di indizione, le sue esigenze, la durata della procedura e gli eventuali premi o pagamenti per i concorrenti.

Il criterio di aggiudicazione è *ex lege* quello del miglior rapporto qualità/prezzo.

Dopo la fase di prequalificazione le stazioni appaltanti possono avviare una consultazione con gli operatori economici sulla base della documentazione posta a base di gara e sulle modalità di svolgimento del dialogo. Conclusa la consultazione, nei trenta giorni successivi i partecipanti selezionati possono recedere dal dialogo.

D. Lgs 36/2023

Art. 74 – Dialogo competitivo

Il dialogo competitivo riguarda tutti gli aspetti dell'appalto ed è finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le necessità della stazione appaltante. Ove previsto nel bando di gara o nel documento descrittivo sulla base del criterio di aggiudicazione il dialogo competitivo può svolgersi in fasi successive al fine di ridurre il numero di soluzioni emerse finché la stazione appaltante non individua quella/e idonea/e a soddisfare le proprie esigenze. La stazione appaltante invita i partecipanti rimanenti a presentare l'offerta finale sulla base della soluzione o delle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo, una volta che quest'ultimo è dichiarato concluso. L'offerta deve contenere tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto con possibilità di fornire chiarimenti, precisazioni e perfezionamenti su richiesta della stazione appaltante. I chiarimenti, le precisazioni e il completamento delle informazioni non possono modificare gli aspetti essenziali dell'offerta o dell'appalto, compresi i requisiti e le esigenze indicati nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo, qualora le variazioni rischino di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio.

D. Lgs 36/2023

Art. 74 – Dialogo competitivo

La valutazione delle offerte avviene in osservanza dei criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo.

La stazione appaltante può condurre ulteriori negoziazioni con l'operatore economico che risulta aver presentato l'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo per confermare gli impegni finanziari o altri contenuti dell'offerta attraverso il completamento delle clausole del contratto, a condizione che da ciò non consegua la modifica sostanziale di elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto pubblico, comprese le esigenze e i requisiti definiti nel bando di gara o nel documento descrittivo, e che non si rischi di falsare la concorrenza o creare discriminazioni.

Dialogo competitivo



**TAR Sardegna, Cagliari,
Sez. I, 11.03.2025, N. 231**



Il dialogo competitivo è procedura massimamente espressiva dell'esigenza di flessibilizzazione delle procedure di gara, come risulta confermato dal generale criterio di cui all'art. 1, comma 2, lett. z) della legge delega 21 giugno 2022, n. 78, che recita: *«forte incentivo al ricorso a procedure flessibili, quali il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione, le procedure per l'affidamento di accordi quadro e le procedure competitive con negoziazione, per la stipula di contratti pubblici complessi e di lunga durata, garantendo il rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenzialità»*.

Il presupposto legittimante del dialogo competitivo si rinviene nella complessità dell'appalto da aggiudicare o nella presenza di situazioni di oggettiva impossibilità per le pubbliche amministrazioni di definire *«i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridiche/finanziarie»* (considerando 31 della direttiva 2004/18/UE; cfr. anche Corte di Giustizia UE, Sez. III, 10 dicembre 2009, n. 299).

Il dialogo competitivo presenta numerosi punti di contatto, anche di disciplina, con la procedura competitiva con negoziazione, di cui al precedente art. 73 del Codice, essendo anch'esso caratterizzato dalla predisposizione di un bando di gara o un avviso di selezione, nel quale sono indicate le esigenze dell'amministrazione e i requisiti richiesti, e rispetto al quale ciascun operatore può presentare domanda di partecipazione.

Risulta idonea a distinguere il dialogo competitivo dalla procedura negoziata, la considerazione per cui non vi sarebbe nel dialogo competitivo un vero *«oggetto»* dell'appalto, non potendo ancora essere definito all'avvio della procedura, stante il suo carattere innovativo ed essendo la procedura finalizzata a definire detto oggetto tra amministrazione e operatori del mercato.

Dialogo competitivo



**TAR Sardegna, Cagliari,
Sez. I, 11.03.2025, N. 231**



Nella fase del dialogo è data la possibilità all'amministrazione e agli operatori di dialogare di tutti i profili rilevanti per il futuro contratto ... è fisiologico, nella procedura del dialogo competitivo, che la lettera di invito alla presentazione dell'offerta rifletta anche gli esiti del dialogo svolto a monte con tutti gli operatori economici che avevano chiesto di partecipare alla procedura a seguito del bando

Come affermato in giurisprudenza *«il sistema del dialogo competitivo ... comporta una continua interazione tra ditte partecipanti e stazione appaltante, il che implica di necessità il mancato rispetto di alcune disposizioni riguardanti la tempistica e la procedura caratteristiche delle gare in generale»* (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 15 novembre 2012, n. 420)

Conclusa la fase del dialogo ed individuate la (o le) soluzioni ammissibili, previa informazione ai partecipanti rimanenti, si avvia la fase della gara in senso stretto, nella quale *«la stazione appaltante invita ciascuno di loro a presentare l'offerta finale sulla base della soluzione o delle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo»* (art. 74, comma 5, secondo periodo).

La procedura in esame esalta il potere discrezionale dell'amministrazione, le affida il compito e il potere di interloquire con gli operatori economici, tanto nella prima fase, quanto nella seconda, seppur in quest'ultima, ovviamente, non vi è dubbio che tale potere sia meno pervasivo e debba essere letta con particolare attenzione la clausola citata che limita il potere della P.A. di richiedere, in particolare, perfezionamenti delle offerte presentate.

D. Lgs 36/2023

Art. 75 – Partenariato per l'innovazione

Il partenariato per l'innovazione ha la finalità di soddisfare esigenze di prodotti, servizi o lavori innovativi non altrimenti reperibili sul mercato le cui caratteristiche devono essere identificate dalla stazione appaltante nei documenti di gara unitamente ai requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare. Tali informazioni devono essere sufficientemente precise da permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito della soluzione richiesta e decidere se partecipare alla procedura.

Qualsiasi operatore economico è legittimato a formulare una domanda di partecipazione in risposta a un bando di gara o a un avviso di indizione di gara, fornendo gli elementi richiesti dalla stazione appaltante.

Soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti in seguito alla valutazione delle informazioni richieste possono presentare progetti di ricerca e di innovazione.

La stazione appaltante può decidere di separare l'attività di ricerca dall'attività di sviluppo.

Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara. Gli appalti sono aggiudicati unicamente sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

D. Lgs 36/2023

Art. 75 – Partenariato per l'innovazione

Il partenariato per l'innovazione è strutturato in fasi successive la cui durata e valore riflettono il grado di innovazione della soluzione proposta e la sequenza di attività di ricerca e di innovazione necessarie per lo sviluppo di una soluzione innovativa non ancora disponibile sul mercato.

L'istituto prevede obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere e il pagamento della remunerazione mediante rate congrue.

Sulla base degli obiettivi intermedi e del loro effettivo conseguimento, la stazione appaltante può decidere, dopo ogni fase, di risolvere il partenariato per l'innovazione o, nel caso di un partenariato con più operatori, di ridurre il numero degli operatori risolvendo singoli contratti, a condizione che essa abbia indicato nei documenti di gara tali possibilità e le condizioni per avvalersene.

È possibile negoziare l'offerta iniziale e quelle successive, esclusa l'offerta finale, per migliorarne il contenuto, fatti salvi gli aspetti relativi ai requisiti minimi e ai criteri di aggiudicazione.

Le negoziazioni nel corso della procedura possono svolgersi in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare.

La stazione appaltante informa per iscritto tutti gli offerenti, le cui offerte non sono state escluse, delle modifiche alle specifiche tecniche o ad altri documenti di gara diversi da quelli che stabiliscono i requisiti minimi concedendo agli offerenti un tempo sufficiente per modificare e ripresentare le offerte modificate.

Partenariato per l'innovazione



TAR Campania, Napoli, Sez. I, 31.01.2025, N. 861



Nessuna norma vieta che due soggetti che hanno separatamente chiesto di essere invitati a partecipare alla gara presentino un'offerta unica.

Nelle procedure articolate su più segmenti procedimentali (procedure ristrette, negoziate, dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione), la giurisprudenza ammette pacificamente la modificazione soggettiva dell'operatore partecipante prima della presentazione dell'offerta qualora non espressamente escluso dalla *lex specialis*.

Il principio di immodificabilità soggettiva viene in rilievo soltanto all'indomani della presentazione dell'offerta e non nelle fasi di gara a questa precedente; in assenza di un esplicito divieto contenuto nella *lex specialis*, stante la riconosciuta possibilità per gli operatori economici invitati di costituire associazioni temporanee di imprese, sarebbe irragionevole ritenere possibile una modificazione soggettiva delle a.t.i. costituende o costituite e non consentire che gli operatori economici invitati possano utilizzare lo stesso strumento.

Ammessa, quindi, la possibilità, per due soggetti interessati a partecipare in raggruppamento temporaneo, di presentare un'unica offerta, così come previsto dal codice dei contratti, a ciò non può ostare la *lex specialis* della gara qualora non precluda la valutazione della eventuale sola proposta contrattuale pervenuta. La stazione appaltante, pertanto, non può rinunciare all'affidamento dell'incarico se non per ragioni diverse dalla natura di raggruppamento dell'offerente.

D. Lgs 36/2023

Art. 76 – Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando

Le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara quando ricorrono i presupposti riportati nelle tabelle che seguono.

LE CONDIZIONI PER LA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA BANDO	
Tipi di appalto	Condizioni
Procedura aperta o ristretta	<ul style="list-style-type: none">• se la procedura è andata deserta;• se non è stata prestata nessuna domanda o offerta appropriata;• se le condizioni di appalto restino le stesse;• se è stata inviata alla Commissione Europea una relazione, ove richiesta.
Lavori, servizi e forniture che possono essere forniti solo da un determinato operatore	<ul style="list-style-type: none">• se lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica;• se la concorrenza è assente per motivi tecnici;• se ricorrono diritti esclusivi, inclusi quelli di proprietà intellettuale.
Tutti	<ul style="list-style-type: none">• in misura strettamente necessaria se l'urgenza derivi da eventi imprevedibili;• se non sia possibile rispettare i termini previsti per le altre procedure in ragione dell'estrema urgenza;• se le circostanze imprevedibili e di estrema urgenza non siano imputabili alla Stazione Appaltante

Tipi di appalto	Condizioni
Appalti di forniture	<ul style="list-style-type: none"> • quando i prodotti siano fabbricati solo a scopo di ricerca, di studio o sviluppo, salvo si tratti di produzione volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ammortizzare i costi di ricerca e sviluppo; • nel caso di consegne complementari effettuare dal fornitore originario o destinate a parziale rinnovo di impianti. In tal caso il contratto non può avere durata maggiore di 3 anni; • per forniture quotate ed acquistate sul mercato delle materie prime; • per l'acquisto a condizioni particolarmente favorevoli da un fornitore che cessi l'attività in via definitiva
Appalti di servizi	<ul style="list-style-type: none"> • quando l'appalto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba essere aggiudicato al vincitore, ma in tal caso devono essere invitati a partecipare ai negoziati tutti i partecipanti
Appalti di lavori o servizi	<ul style="list-style-type: none"> • quando i lavori e i servizi consistono nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'originario operatore ma a condizione che i nuovi lavori e servizi siano conformi al progetto oggetto del primo appalto.

D. Lgs 36/2023

Art. 76 – Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando

Ove possibile, le stazioni appaltanti 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 e concorrenza, selezionando almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei.

La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, individuate sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (art. 108 del Codice), 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.

**Procedura negoziata
senza pubblicazione di
un bando**



**TAR Lazio, Roma, Sez.
II ter, 15.02.2024, N. 3093**



Ciò che rileva ai fini della legittimità di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando è che l'amministrazione si sia trovata in una situazione di estrema urgenza per via di eventi imprevedibili e non a sé imputabili, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto che hanno caratterizzato tempi e modalità di indizione della procedura di gara.

Il ricorso alla procedura negoziata senza bando disciplinata dall'art. 76 D.Lgs. n. 36 del 2023, consente, di regola, la stipula del c.d. contratto-ponte, in alternativa alla c.d. proroga tecnica, ove sussista la necessità di garantire il servizio nel tempo strettamente necessario all'indizione di una nuova gara o alla stipulazione del contratto con l'aggiudicatario della gara *sub indice*, con scelta tra le possibili soluzioni alternative rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice.

Occorre considerare che, per regola giurisprudenziale, la sussistenza dei presupposti per ricorrere alla - pur eccezionale - procedura negoziata senza bando, ed il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa nella scelta dello strumento più idoneo a garantire la continuità del servizio, nei limiti della sua sindacabilità in sede giurisdizionale, vanno valutati caso per caso (Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2021, n. 7827).

**Procedura negoziata
senza pubblicazione di
un bando – eccezionalità
della procedura**



**TAR Campania, Napoli,
Sez. V, 25.06.2024, N.
3956;**

**Parere ANAC, 23.10.2024,
N. 56**



L'art. 76 del Codice, nel disciplinare l'affidamento mediante procedura negoziata senza bando ne conferma la portata eccezionale rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale.

La possibilità di ricorrere a tale modalità di selezione è limitata solo a circostanze in cui non venga a delinarsi una reale situazione di concorrenza in quanto non è stata presentata alcuna offerta/domanda di partecipazione o alcuna offerta/domanda di partecipazione appropriata in esito alle procedure ordinarie (aperta o ristretta) ovvero quando vi sia un solo operatore che può eseguire le forniture o i servizi ovvero ancora quando la concorrenza è assente per motivi tecnici.

Tale procedura può essere utilizzata nella misura strettamente necessaria in casi di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili per l'Amministrazione. Infine, si può ricorrere a tale procedura per alcune specifiche tipologie di forniture, ovverosia per i lavori e i servizi analoghi a quelli già affidati.

Tale modalità di affidamento richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, con specifico onere a carico dell'amministrazione di dimostrarne l'effettiva esistenza

**Procedura negoziata
senza pubblicazione di
un bando e consultazioni
preliminari di mercato
(art. 77 D. Lgs. 36/2023)**



**TAR Campania, Napoli,
Sez. V, 25.06.2024, N.
3956**



Ai sensi dell'art. 77 del Codice,
prima dell'avvio di una
procedura di affidamento, le
amministrazioni aggiudicatrici
possono svolgere consultazioni
di mercato per la preparazione
dell'appalto e per lo
svolgimento della relativa
procedura, nonché per
informare gli operatori
economici degli appalti da essi
programmati e dei requisiti
relativi a questi ultimi.

Qualora oggetto dell'appalto siano forniture e servizi asseritamente caratterizzati da «*infungibilità*» o «*esclusività*», la scelta di ricorrere a detta modalità di affidamento richiede una motivazione che sia particolarmente rigorosa e circostanziata nell'individuazione e nella dimostrazione dei propri presupposti giustificativi, potendo a tal fine la stazione appaltante avvalersi anche di consultazioni preliminari di mercato, al pari di quanto espressamente previsto dall'art. 77 D.lgs. n. 36/2023.

L'art. 77 del Codice onera le amministrazioni aggiudicatrici ad adottare «*misure adeguate*» per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione alla gara di operatori economici dai quali, in sede di consultazioni preliminari, la stazione appaltante abbia acquisito informazioni o documenti, o che abbiano altrimenti partecipato alla preparazione dell'appalto, fino a prevedere l'esclusione dalla procedura laddove non sia possibile in alcun modo garantire il rispetto della parità di trattamento.

**Procedura negoziata
senza pubblicazione di
un bando per
infungibilità del prodotto
o servizio**



**TAR Campania, Napoli,
Sez. V, 25.06.2024, N.
3956**



Spetta alla stazione
appaltante verificare
rigorosamente l'esistenza
dei presupposti che
giustificano l'infungibilità
del prodotto o servizio che
si intende acquistare.

La stazione appaltante deve verificare l'impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative attraverso consultazioni di mercato, rivolte anche ad analizzare i mercati comunitari e/o, se del caso, extraeuropei. Neppure un presunto più alto livello qualitativo del servizio ovvero la sua rispondenza a parametri di maggior efficienza può considerarsi sufficiente a giustificare l'infungibilità.

La «*infungibilità*» dei beni o dei servizi deve essere oggetto di adeguata e specifica istruttoria e motivazione. Lo strumento per acquisire le informazioni necessarie per svolgere la richiamata istruttoria e per fondare la conseguente motivazione è costituito dalle consultazioni di mercato.

**Procedura negoziata
senza pubblicazione di
un bando e consultazione
di mercato**



**TAR Campania, Napoli,
Sez. V, 25.06.2024, N.
3956**



La consultazione preliminare di mercato costituisce uno strumento per le stazioni appaltanti con il quale è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori di settore per acquisire le informazioni ritenute necessarie al successivo svolgimento di una procedura di gara anche al fine di accertare l'eventuale infungibilità dei beni, prestazioni e servizi, ed assumere, su tale presupposto, scelte limitative del confronto concorrenziale .

L'adozione di scelte limitative del confronto concorrenziale si giustifica solo se sostenuta da specifica motivazione circa la sostanziale impossibilità della stazione appaltante di soddisfare le proprie esigenze rivolgendosi indistintamente al mercato e, soprattutto, il raggiungimento di una siffatta consapevolezza da parte delle stazioni appaltanti deve costituire, se del caso, l'esito di una consultazione di mercato che non può essere ristretta in partenza ai soli operatori selezionati con criteri che presuppongono come già dimostrata l'infungibilità delle prestazioni richieste, giacché, diversamente, ne risulterebbe frustrato lo scopo stesso della consultazione. La motivazione dell'infungibilità che legittima la restrizione del confronto concorrenziale non può cioè farsi coincidere con l'elevato tasso di tecnologia o di specificità delle prestazioni richieste, ma deve essere di volta in volta corroborata dai dati raccolti attraverso la consultazione di mercato, la quale abbia fatto emergere l'esistenza di un numero ridotto di operatori idonei all'affidamento.

**Procedura negoziata
senza pubblicazione di
un bando – infungibilità
e affidamento diretto**



**TAR Campania, Napoli,
Sez. V, 25.06.2024, N.
3956**



L'appurata infungibilità del bene oggetto della fornitura, e quindi l'accertata sussistenza dei presupposti per l'utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, non legittimano un affidamento diretto ad uno degli operatori che abbia positivamente riscontrato la preliminare indagine di mercato.

Soltanto nel caso in cui l'indagine di mercato abbia condotto all'individuazione di un unico operatore presente sul mercato, può disporsi l'affidamento diretto, poiché in tale condizione, a causa dell'assenza di mercato, lo svolgimento di una procedura di gara aperta, sia pure in misura limitata, alla concorrenza sarebbe un inutile dispendio di tempo, contrastante con il principio di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa. Diversamente, allorquando siano individuati più potenziali fornitori, la stazione appaltante, avendone accertato la possibilità, è tenuta ad eseguire una gara informale e, dunque, gli operatori economici da consultare devono essere individuati sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica/finanziaria e tecniche/professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza (e non più del principio di rotazione). Devono essere selezionati almeno tre operatori economici da consultare (se sussistono in tale numero soggetti idonei).

**Procedura negoziata
senza pubblicazione di
un bando – esercizio
della discrezionalità
amministrativa**



**TAR Campania, Napoli,
Sez. V, 25.06.2024, N.
3956**



I presupposti per l'utilizzo della
procedura negoziata senza
previa pubblicazione di bando
non legittimino un affidamento
diretto.

La discrezionalità dell'Amministrazione si esercita in due momenti: il primo attiene all'individuazione delle tre ditte da «consultare»; il secondo riguarda la scelta del contraente fra le ditte consultate. La discrezionalità è temperata, ma non eliminata, oltreché dal numero minimo dei candidati da invitare, anche da alcuni principi, quali la trasparenza e la concorrenza (che implicano il dovere di una previa formulazione e comunicazione dei criteri della scelta e il rispetto dei canoni di non discriminazione e proporzionalità), volti a evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo. (Cons. di Stato, sez. IV 20.4.2023, n. 4014).

**Procedura negoziata
senza pubblicazione di
un bando – scelta del
contraente**



**TAR Campania, Napoli,
Sez. V, 04.04.2024, N.
2200**



Il sistema di scelta del
contraente a mezzo di
procedura negoziata senza
pubblicazione del bando
rappresenta un'eccezione al
principio generale della
pubblicità e della massima
concorrenzialità tipica della
procedura aperta.

I presupposti fissati dalla legge per l'ammissibilità della procedura ex art. 76 del Codice devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili d'interpretazione estensiva.

In base alla sopra citata previsione normativa, l'affidamento diretto è consentito nella misura strettamente necessaria, ricorrendo i seguenti presupposti di stretta interpretazione:

- ragioni di estrema urgenza tali da non essere compatibili con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara;
- ricorrenza di eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice;
- circostanze invocate a giustificazione che «*non devono essere in alcun modo imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici*» (C.d.S., V, 24.3.2022, n. 2160).

**Procedura negoziata
senza pubblicazione di
un bando – onere
motivazionale**



**TAR Campania, Napoli,
Sez. V, 04.04.2024, N.
2200**



Il dato normativo di cui
all'art. 76 del Codice
valorizza l'onere
motivazionale a carico
dell'amministrazione
indicente la gara.

In linea con l'orientamento pacifico della giurisprudenza euro-unitaria l'adozione di scelte limitative del confronto concorrenziale si giustifica solo se sostenuta da specifica motivazione sulla sostanziale impossibilità della stazione appaltante, rigorosamente accertata, di soddisfare le proprie esigenze rivolgendosi indistintamente al mercato. La norma, nel chiarire, la portata dell'onere motivazionale imposto all'Amministrazione, ha precisato la necessità dell'esatta delimitazione del caso concreto, ovverosia della specifica situazione di fatto da cui scaturisca l'esigenza di ricorrere alla peculiare procedura, le caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati nonché le relative dinamiche, nel rispetto sia dell'innovativo principio c.d. del risultato (secondo cui la concorrenza costituisce un mezzo per l'affidamento e l'esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto qualità prezzo), sia dell'altrettanto innovativo principio c.d. della fiducia nella correttezza e legittimità dell'azione amministrativa, sia infine del principio dell'accesso al mercato nel cui ambito rientrano i «*tradizionali*» principi di non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità.

**Procedura negoziata
senza pubblicazione di
un bando – urgenza
qualificata**



**TAR Campania, Napoli,
Sez. III, 29.04.2024, N.
2833**



L'urgenza è il cuore della
motivazione richiesta
dall'art. 76.

I requisiti previsti dal comma 2 let. c dell'art. 76 del Codice: «*misura strettamente necessaria*»; «*termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione*» che «*non possono essere rispettati*» «*per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dalla stazione appaltante*» devono essere letti l'uno a completamento dell'altro di talchè il fatto oggettivo del mancato rispetto dei termini (da intendersi più propriamente come «*tempi*») per indire una delle gare di cui all'art. 70 comma 1 è collegato alla sequenza causale data dalle «*ragioni di estrema urgenza*» a loro volta «*derivante da eventi imprevedibili dalla stazione appaltante*». Ciò è definito dalla giurisprudenza come «*urgenza qualificata*» proprio perché collegata alla individuazione di stringenti presupposti giustificativi, che sono alla base della legittimità dell'intera procedura.

La pendenza di tanti contenziosi sulla stessa gara e/o sugli operatori partecipanti alla medesima gara, può determinare una oggettiva instabilità e incertezza dell'affidamento del servizio e derivare da una situazione di fatto in cui può avere origine una circostanza emergenziale tale da giustificare il ricorso alla procedura di cui all'art. 76.

In sintesi il RUP

- Deve ritenere valida l'offerta economica sottoscritta in modalità analogica anche se differente da quella digitale prevista dalla documentazione di gara dovendo considerare la modalità analogica equipollente alla firma digitale;
- Non può imporre nei documenti di gara la sottoscrizione in forma digitale a pena di nullità;
- Può annullare le offerte economiche che non rispecchiano le prescrizioni della documentazione di gara, in particolare quando l'importo complessivo dell'offerta include erroneamente costi non soggetti a ribasso;
- Deve risolvere i concreti contrasti interni tra le varie disposizioni della *lex specialis* dando prevalenza alle previsioni del bando di gara;
- Non può escludere dalla gara un concorrente per il mancato utilizzo di un modulo predisposto dalla stazione appaltante per la redazione dell'offerta;
- Può escludere solo le offerte che siano prive degli elementi essenziali sul piano amministrativo, tecnico ed economico;
- Può richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato laddove la non conformità dell'offerta ai documenti di gara si sostanzi in un mero refuso riconoscibile *ictu oculi*;

In sintesi il RUP

- Deve valutare gli errori materiali all'interno dell'offerta di gara senza sforzi ricostruttivi e interpretativi arrestandosi al riscontro di un'inesatta formulazione «materiale» dell'atto;
- Nell'indire una procedura «ristretta» deve auto-vincolarsi a non esercitare a monte la facoltà di scelta di quali operatori economici invitare;
- In caso di procedura ristretta non può prevedere il continuo aggiornamento degli operatori da invitare dopo l'inoltro della lettera di invito;
- Può attivare il dialogo competitivo laddove richiesto dalla complessità dell'appalto da aggiudicare o dalla presenza di situazioni di oggettiva impossibilità di definire i mezzi atti a soddisfare le esigenze dell'amministrazione o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridiche/finanziarie;
- Non può escludere dalla gara due soggetti che abbiano separatamente chiesto di essere invitati a partecipare alla gara e presentato, poi, un'offerta unica, in assenza di un esplicito divieto contenuto nella *lex specialis*;
- Può attivare una procedura negoziata senza pubblicazione del bando solo quando vi sia una situazione di estrema urgenza per via di eventi imprevedibili e non imputabili alla stazione appaltante;

In sintesi il RUP

- Può stipulare il c.d. contratto-ponte, in alternativa alla proroga tecnica, ove sussista la necessità di garantire il servizio nel tempo strettamente necessario all'indizione di una nuova gara o alla stipulazione del contratto con l'aggiudicatario della gara *sub iudice*;
- Può ricorrere all'affidamento mediante procedura negoziata senza bando al solo verificarsi di circostanze in cui non venga a delinarsi una reale situazione di concorrenza, ovvero quando vi sia un solo operatore che può eseguire le forniture o i servizi, ovvero ancora quando la concorrenza è assente per motivi tecnici;
- In caso di ricorso alla procedura negoziata senza bando deve esplicitare una motivazione particolarmente rigorosa e circostanziata ai fini dell'individuazione e della dimostrazione dei presupposti giustificativi, potendo a tal fine avvalersi anche di consultazioni preliminari di mercato;
- Deve adottare «*misure adeguate*» a garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione alla gara di operatori economici dai quali, in sede di consultazioni preliminari, abbia acquisito informazioni o documenti, o che abbiano altrimenti partecipato alla preparazione dell'appalto, prevedendo l'esclusione dalla procedura laddove non sia possibile in alcun modo garantire il rispetto della parità di trattamento;

In sintesi il RUP

- Non può motivare l'infungibilità che legittima la restrizione del confronto concorrenziale solo con l'elevato tasso di tecnologia o di specificità delle prestazioni richieste dovendo acquisire i dati raccolti attraverso la consultazione di mercato che abbia fatto emergere l'esistenza di un numero ridotto di operatori idonei all'affidamento;
- Non può procedere all'affidamento diretto ad uno degli operatori che abbia positivamente riscontrato la preliminare indagine di mercato solo sulla base dell'appurata infungibilità del bene oggetto della fornitura;
- Può disporre l'affidamento diretto soltanto nel caso in cui l'indagine di mercato abbia condotto all'individuazione di un unico operatore presente sul mercato stesso dovendo invece procedere ad eseguire una gara informale allorquando siano individuati più potenziali fornitori;
- Può procedere all'affidamento diretto nella misura strettamente necessaria, ricorrendo i seguenti presupposti: (i) ragioni di estrema urgenza tali da non essere compatibili con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara; (ii) ricorrenza di eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice; (iii) circostanze invocate a giustificazione che non devono essere in alcun modo imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici;
- Può fare ricorso alla procedura negoziata senza bando in caso di pendenza di tanti contenziosi sulla stessa gara e/o sugli operatori partecipanti alla medesima gara.