



Area Centro Unico Acquisti e Gare

PG/2024/649004 del 19/07/2024

Al Responsabile della Prevenzione della
Corruzione - Segretario Generale
Al Responsabile della Trasparenza

A tutti i

*Responsabili di Area
Direttori delle Municipalità
Dirigenti dei Servizi dell'Ente
Responsabili delle U.O.A.*

e, p.c.,

*All' Assessore al Bilancio
Al Direttore Generale*

OGGETTO: Piano Integrato di Attività e Organizzazione P.I.A.O. 2024-26, Sezione 2 – Valore Pubblico, Performance e Anticorruzione – Sezione 2.3: Rischi corruttivi e Trasparenza; MT - misura di trasparenza - MS07 – Avvisi volontari per la Trasparenza.

La misura di attuazione della disciplina normativa in materia di trasparenza “MS07 – Avvisi volontari per la Trasparenza”, di cui in oggetto, di competenza dell’Area Centro Unico Acquisti e Gare, concerne la pubblicazione, sul sito istituzionale dell’Ente, Sezione “Amministrazione Trasparente”, di *report* semestrali concernenti la rendicontazione dei contratti, così come di seguito precisato:

1. contratti “prorogati” (ai sensi dell’art. 120, comma 11, del d.lgs. n. 36/2023, vigente dal 1° luglio 2023, o ai sensi dell’art. 106, comma 11, del d. lgs. 50/2016, per il periodo antecedente);
2. contratti relativi alle procedure di somma urgenza (ai sensi dell’art. 140 del d.lgs. n. 36/2023 o dell’art. 163 del d.lgs. n. 50/2016);
3. contratti relativi a procedure negoziate senza pubblicazione del bando espletate per ragioni di estrema urgenza (ai sensi dell’art. 76, comma 2, lett. c, del d.lgs. n. 36/2023 o dell’art. 63, comma 2, lett. c, del d.lgs. n. 50/2016).

La stipula dei suddetti contratti prevede l’espletamento di procedure in deroga al regime ordinario di affidamenti, disciplinato dal Codice dei Contratti Pubblici, poiché connesse a situazioni emergenziali che potrebbero causare oggettivi e insuperabili ritardi rispetto alla ordinarie procedure di affidamento, normalmente privilegiate a garanzia di una maggiore trasparenza e concorrenzialità. Il ricorso alle suindicate fattispecie è volto ad una più celere scelta del contraente e a una riduzione dei tempi di conclusione del contratto. Per tali ragioni, il loro legittimo impiego – in deroga alle procedure di affidamento ad evidenza

pubblica – richiede la sussistenza delle condizioni previste e prescritte dal Legislatore.

La misura di trasparenza, di cui in oggetto, assume una valenza ancora più pregnante alla luce dei nuovi principi informativi del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, in quanto il requisito dell'urgenza non può costituire l'unica e sola motivazione alla base del ricorso alle procedure “acceleratorie” monitorate con la misura MS07 in parola. Difatti, l'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023 enuncia il “principio del risultato”, in forza del quale l'affidamento e l'esecuzione del contratto avvengono con la massima tempestività e il migliore rapporto tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza tra gli operatori economici. Tale postulato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto. Il principio del risultato è strettamente legato al principio della fiducia, di cui al successivo art. 2, che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della pubblica amministrazione in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. In sintesi, si favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato (art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023).

Per quanto sopra evidenziato, risulta evidente che la misura “MS07 – Avvisi volontari per la Trasparenza” sia pienamente funzionale al rispetto dei principi di trasparenza e di buon andamento consentendo, altresì, l'accesso ai dati e alle informazioni utili alla verifica del pieno rispetto della normativa vigente, negli affidamenti, da parte della Stazione Appaltante. Nella motivazione posta alla base del ricorso alle procedure stesse, devono essere esplicitate, infatti, le attente e rigorose valutazioni che hanno determinato la scelta.

Con riferimento ai contratti “*prorogati*”, di cui sopra, il comma 11 dell'art. 120 del d.lgs. n. 36/2023 dispone quanto segue: “*In casi eccezionali nei quali risultino oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di affidamento del contratto, è consentito, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura, prorogare il contratto con l'appaltatore uscente qualora l'interruzione delle prestazioni possa determinare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, oppure per l'igiene pubblica, oppure nei casi in cui l'interruzione della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare. In tale ipotesi il contraente originario è tenuto all'esecuzione delle prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni previsti nel contratto*”.

La locuzione “proroga tecnica” indica, dunque, nell'ambito dei contratti pubblici, l'istituto che consente all'Amministrazione di prolungare la durata del contratto in essere, allo scopo di garantire la continuità del servizio nelle more della conclusione della procedura di gara volta alla scelta del nuovo appaltatore, qualora bandita prima dell'originaria scadenza contrattuale. La proroga tecnica rappresenta, quindi, uno strumento atto ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro. Tale istituto è, inoltre, ancorato al principio di continuità dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 della Costituzione, e opera nei soli casi eccezionali in cui, per ragioni non dipendenti dall'Amministrazione, vi sia l'effettiva necessità

di assicurare il prosieguo del servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente.

Dalla proroga tecnica si distingue la c.d. “opzione di proroga”, la quale trova la sua fonte nella *lex specialis* di gara e nel contratto di riferimento. Trattasi di un’ipotesi già prevista e preventivata dalle parti contrattuali, le quali, in occasione della partecipazione alla competizione pubblica, hanno già contezza della possibilità che la durata del contratto sia prorogata. Potranno, pertanto, formulare un’offerta che tenga conto di tale possibilità.

Nel nuovo Codice dei contratti pubblici, diversamente da quanto stabilito in precedenza, sono disciplinati, separatamente, entrambi gli istituti, rispettivamente, nel comma 10 e nel comma 11 dell’art. 120.

Con riferimento alla prime pronunce giurisprudenziali sul tema, si richiama, in particolare, la sentenza n. 2200 del 4 aprile 2024, del TAR di Napoli, sez. V, la quale ha chiarito e sottolineato la distanza tra l’opzione di proroga e la proroga tecnica, alla luce delle nuove disposizioni normative, fornendo ulteriori coordinate all’interprete. In particolare, il TAR ha evidenziato che l’opzione di proroga, di cui al comma 10 dell’art. 120, del d.lgs. n. 36/2023, è consentita solo se la relativa clausola sia stata già inserita nel bando quale opzione da esercitarsi da parte della Stazione Appaltante, alle condizioni fissate, sin dall’inizio, nella *lex specialis* di gara. Essa, ove azionata dalla Stazione Appaltante, obbliga l’appaltatore ad eseguire le prestazioni contrattuali a prezzi, patti e condizioni stabiliti dal contratto oppure, se specificamente previsto nei documenti di gara, alle condizioni di mercato, ove più favorevoli per la stazione appaltante.

Diversamente, la proroga tecnica, di cui al successivo comma 11 dell’art. 120 del d.lgs. n. 36/2023, è connessa all’esistenza di situazioni eccezionali dalle quali deriverebbero oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della nuova procedura di affidamento. In tal caso è consentita, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura, la proroga del contratto con l’appaltatore uscente qualora l’interruzione delle prestazioni potrebbe determinare una situazione di pericolo per persone, animali, cose, oppure per l’igiene pubblica, oppure nell’ipotesi in cui l’interruzione della prestazione dedotta nella gara sia idonea a determinare un grave danno all’interesse pubblico che è destinata a soddisfare.

Trattasi, dunque, di due meccanismi aventi finalità, presupposti e caratteristiche ben differenti.

Tra le differenze pratiche più evidenti vi è, ad esempio, quella concernente la durata. Secondo la ricostruzione fornita nella citata sentenza n. 2200/2024, infatti, l’opzione di proroga non incontra i limiti temporali a cui soggiace la proroga tecnica (“tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura”), ma solo i limiti temporali stabiliti nei documenti di gara.

Altra differenza che emerge dall’analisi delle due disposizioni – differenza rilevata dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 3404, del 15.04.2024 – è che, sebbene il contraente originario, in entrambi i casi, è tenuto ad eseguire le prestazioni contrattuali “ai prezzi, patti e condizioni stabiliti nel contratto”, esclusivamente nel caso di opzione di proroga

possono trovare applicazione le “condizioni di mercato ove più favorevoli per la stazione appaltante”, qualora ciò sia previsto nei documenti di gara.

Infine, tanto dalla ricostruzione fornita dal TAR di Napoli, quanto dall’interpretazione letterale dell’art. 120, comma 10, del d.lgs. n. 36/2023, sembrerebbe discendere che – in rottura rispetto alla disciplina previgente – la proroga tecnica non dovrebbe essere necessariamente prevista negli atti di gara. Tale condizione, infatti, sebbene disposta dall’art. 106, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016, non è stata reiterata nel comma 10 dell’attuale art. 120, ma solo nel comma 11 dedicato alla diversa proroga contrattuale. Siffatta conclusione, in effetti, sembrerebbe essere maggiormente coerente con la *ratio* eccezionale e non preventivabile della proroga tecnica.

In ordine ai contratti relativi alle procedure di somma urgenza, secondo quanto previsto dall’art. 140 del d.lgs. n. 36/2023, *“l’esecuzione dei lavori e l’acquisizione dei servizi e delle forniture di somma urgenza può essere affidata in forma diretta e in deroga alle procedure di cui agli articoli 37 (programmazione dei lavori e degli acquisti di beni e servizi) e 41 del codice (livelli di progettazione) a uno o più operatori economici individuati dal RUP o da altro tecnico dell’amministrazione competente.”*

La deroga è prevista esclusivamente in merito agli aspetti di programmazione dell’intervento e di contenuto del progetto di somma urgenza, pertanto, per l’affidamento diretto di lavori, servizi e forniture, si procederà comunque tramite le Piattaforme di approvvigionamento digitale visto anche che è necessario acquisire il CIG ai fini degli adempimenti previsti dall’ANAC. Tale tesi risulta rafforzata dall’art. 21 del d.lgs. n. 36/2023 il quale prevede che le attività inerenti al ciclo di vita dei contratti pubblici sono gestite attraverso piattaforme e servizi digitali fra loro interoperabili (piattaforme di approvvigionamento digitale).

Si ricorda che l’affidamento dei lavori di somma urgenza può rientrare nell’ambito degli affidamenti diretti, così come precisato dallo stesso art. 140, comma 2, ma potrebbe essere prevista anche una procedura diversa.

Si sottolinea, inoltre, che il comma 10 dell’art. 140, del d.lgs. n. 36/2023, prescrive quanto segue: *“Sul sito istituzionale dell’ente sono pubblicati gli atti relativi agli affidamenti di cui al presente articolo, con specifica indicazione dell’affidatario, delle modalità della scelta e delle motivazioni che non hanno consentito il ricorso alle procedure ordinarie. Contestualmente, e comunque in un termine congruo compatibile con la gestione della situazione di emergenza, sono trasmessi all’ANAC per i controlli di competenza, fermi restando i controlli di legittimità sugli atti previsti dalle vigenti normative.”*

Sul punto è intervenuto, il 19 settembre 2023, anche il Presidente dell’ANAC, con specifico comunicato recante ad oggetto *“Assolvimento obblighi informativi degli affidamenti eseguiti tramite procedure di somma urgenza e protezione civile, ai sensi dell’articolo 140 del Codice (già articolo 163 del decreto legislativo n. 50/2016)”*, precisando quanto segue: *“Resta fermo in ogni caso che le stazioni appaltanti sono sempre tenute (sia fino al 31 dicembre 2023 sia successivamente) a pubblicare tutti i documenti relativi ad ogni*

affidamento eseguito in regime di somma urgenza e protezione civile a prescindere dall'importo di affidamento. I documenti sono pubblicati nella sezione "Amministrazione trasparente" sottosezione "Bandi di gara e contratti" per un periodo di almeno 5 anni e comunque nel rispetto delle previsioni dell'art. 8, co. 3 del d.lgs. 33/2013 (cfr. art. 37 del d.lgs. 33/2013; Allegato 9 della delibera ANAC n. 7/2023; Allegato 1 della delibera ANAC n. 264/2023)."

Infine, in ordine ai contratti relativi a procedure negoziate senza pubblicazione del bando espletate per ragioni di estrema urgenza (ai sensi dell'art. 76, comma 2, lett. c, del d.lgs. n. 36/2023 vigente dal 1° luglio 2023 o dell'art. 63, comma 2, lett. c, del d.lgs. 50/2016) secondo il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, la procedura è attivabile unicamente quando, nell'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi, ricorrono gli specifici presupposti indicati dagli artt. 76, commi 2-6 (settori ordinari) e 158 (settori speciali).

Ai sensi dell'art. 76, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023:

Le stazioni appaltanti possono ricorrere a una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando nei seguenti casi: (...)

c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dalla stazione appaltante, 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 per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle stazioni appaltanti.

Il d.lgs. n. 36/2023, in linea con il d.lgs. n. 50/2016, ammette, quindi, la possibilità di utilizzare la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando - indipendentemente dall'importo dell'appalto - solo in presenza di specifiche e tassative condizioni. La disciplina specifica è contenuta nell'art. 76 del d.lgs. n. 36/2023 che, pur riproponendo il contenuto dell'art. 63 del Codice previgente, contiene delle puntuali e significative modifiche.

La prima modifica rilevante riguarda l'onere motivazionale. L'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016 si limitava a chiedere "un'adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei presupposti"; il corrispondente art. 76 del d.lgs. n. 36/2023 impone, invece, alle stazioni appaltanti una motivazione più articolata e legata alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano. A tali fini, il codice individua, come riferimento da considerare, gli esiti delle consultazioni di mercato eventualmente eseguite, rivolte anche ad analizzare i mercati europei oppure, se del caso, extraeuropei. In una sorta di bilanciamento, nonostante la previsione generale di cui all'art. 4 del Codice, la disposizione in commento richiama come parametro di valutazione nella scelta della procedura negoziata i "super principi" di cui agli artt. 1, 2 e 3 del nuovo Codice: risultato, fiducia e accesso al mercato (Si evidenzia come il principio del risultato sia, comunque, quello prioritario e prevalente rispetto agli altri). La valorizzazione della motivazione da parte del Legislatore consolida il carattere di eccezionalità di tale procedura rispetto alle altre, in coerenza con l'elencazione generale di cui all'art. 70.

L'altra novità è contenuta al comma 7 che indica i criteri di selezione degli operatori da consultare; nell'attuale formulazione è presente la locuzione "ove possibile" che, quindi, solleva le stazioni appaltanti dall'obbligo di effettuare la "cd gara informale" per individuare gli operatori da consultare.

Viene inoltre modificato il numero minimo di operatori economici da invitare che da cinque, previsti in precedenza, si riduce a tre.

Nessuna novità si registra rispetto alle ipotesi tassative in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere a una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando: l'art. 76 del d.lgs. n. 36/2023 ripropone le medesime fattispecie di cui all'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016.

Per quanto sopra evidenziato, si invitano tutti i Servizi dell'Ente, per il tramite delle **Macrostrutture di riferimento**, a fornire i dati da pubblicare, in quanto oggetto della misura in parola, mediante la redazione del *report* allegato, fornendo, in particolare, gli elementi concernenti **i contratti stipulati nel 1° semestre 2024, ai sensi delle norme citate ai punti 1, 2 e 3.**

L'inoltro delle informazioni dovrà avvenire esclusivamente attraverso le Macrostrutture in indirizzo, tramite protocollo informatico in formato Pdf (*Area Cuag 33-0-0-0-0*) e in formato aperto all'indirizzo di posta elettronica francesca.olivetta@comune.napoli.it **entro e non oltre il 26 luglio 2024.**

I report inoltrati oltre tale termine non saranno pubblicati.

Si invitano, inoltre, tutti i Servizi dell'Ente a verificare che il *report* del II semestre 2023, pubblicato nell'apposita Sezione di "Amministrazione Trasparente" all'indirizzo di seguito indicato:

(<https://www.comune.napoli.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/30702>), contenga tutti i dati relativi ai contratti afferenti al periodo di riferimento. Se ne dovesse mancare qualcuno, evidentemente perché inoltrato in ritardo dalle Macrostrutture, si dovranno inserire gli affidamenti relativi al secondo semestre 2023, nel *report* relativo al primo semestre 2024, allegato alla presente.

Ringraziando per la collaborazione, si porgono cordiali saluti.

(*)*Sottoscritta digitalmente*
Il Responsabile dell'Area Centro
Unico Acquisti e Gare
Dott. Antonio Coppola

Allegato: Report "1° semestre 2024" da compilare.

(*) La firma, in formato digitale, è stata apposta sull'originale del presente atto ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. 7/03/2015, n. 82 e ss. mm. ii. (CAD). Il presente provvedimento è conservato, in originale, negli archivi informatici del Comune di Napoli, ai sensi dell'art. 22 del d.lgs. n. 82/2005.