

LINEE GUIDA RELATIVE ALLA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PUBBLICAZIONE DI UN BANDO PER LA FORNITURA DI BENI IN REGIME DI (INFUNGIBILITÀ/PRIVATIVA)

PREMESSA

Le presenti linee guida illustrano un modello operativo per la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando ex art. 76 del D. Lgs. 36/2023 in regime di infungibilità/privativa al di sopra della soglia comunitaria per l'acquisizione di beni, alla luce della normativa vigente e dei regolamenti dell'Ente.

La documentazione predisposta permette alle Stazioni Appaltanti di procedere, nei casi previsti dalla normativa all'acquisizione di beni c.d. infungibili mediante la Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando, ai sensi dell'art. 76 comma 2 lettera b) punto 2 (infungibilità) e 3 (privativa) del D. Lgs. 36/2023 (nel seguito Codice dei contratti pubblici).

La normativa/documentazione è costituita da:

- Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 recante “Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici” (G.U. n. 77 del 31 marzo 2023 - S.O. n. 12) – nel seguito “Codice dei contratti pubblici”
- Regolamento di amministrazione, contabilità e finanza del Consiglio Nazionale delle Ricerche (Decreto del Presidente del CNR del 4 maggio 2005 prot. n. 0025034);
- Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i. recante “Codice dei contratti pubblici” (per le parti non espressamente abrogate ovvero ancora efficaci);

Tutta la documentazione in allegato alle presenti linee guida è stata predisposta evidenziando le parti del documento in cui devono essere inserite le informazioni che descrivono l'affidamento (con la semplice indicazione generica [completare] oppure indicazioni maggiormente specifiche sulle informazioni da inserire, descritte nella relativa nota a piè pagina; le note a piè pagina devono essere rimosse, durante la fase di redazione dei documenti, prima della pubblicazione).

PRINCIPI GENERALI

In via preliminare appare opportuno ricordare che la “procedura negoziata senza pubblicazione di un bando” riveste «carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, per cui la scelta di tale procedura richiede particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza».

Sotto questo aspetto il Codice dei contratti pubblici di cui al D. Lgs. 36/2023 non presenta differenze sostanziali rispetto al previgente D. Lgs. 50/2016, mantenendo, per quanto di nostro interesse nell'acquisizione di strumentazione scientifica, i due casi più ricorrenti, ovvero l'infungibilità tecnica (art. 76, comma 2, lettera b), punto 2) e la tutela di diritti esclusivi (art. 76, comma 2, lettera b), punto 3).

Vale la pena di ribadire che un bene è **infungibile** se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un determinato fabbisogno anche in assenza di brevetti sullo stesso, mentre **l'esclusiva** attiene all'esistenza di privative industriali, secondo cui solo il titolare di un diritto di esclusiva (brevetto) può sfruttare economicamente un certo prodotto. Sotto questo aspetto infungibilità ed esclusività non sono equivalenti; ad esempio, un bene può sostituirne un altro tutelato da una privativa industriale, poiché permette di soddisfare il medesimo fabbisogno garantito dal secondo. Per i casi in cui una fornitura sia effettivamente infungibile, il legislatore, comunitario e nazionale, ha previsto quindi deroghe all'evidenza pubblica, considerato che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, poiché esiste un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela e, conseguentemente, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe uno spreco di tempo e di risorse. Trattandosi quindi di una deroga all'evidenza pubblica, occorre che l'infungibilità sia debitamente accertata e motivata nella decisione di contrattare.

SCHEMA OPERATIVO

Pertanto, lo schema procedurale da adottare, nel caso pervenga una richiesta di acquisto con indicazione di una potenziale infungibilità, prevede le diverse fasi nel seguito elencate:

1. Nomina del Responsabile Unico di Progetto (RUP) e del Gruppo di Lavoro (GdL) incaricato di:
 - a. progettare la fornitura sulla base del reale fabbisogno dell'amministrazione;
 - b. effettuare una indagine informale di mercato esplorandone le potenzialità, anche attraverso l'analisi dei comportamenti tenuti da altre stazioni appaltanti;
 - c. relazionare in merito all'esito delle operazioni di cui sopra (schema di relazione allegato). Nel caso in cui venga confermata l'infungibilità il medesimo GdL avvalendosi del RUP (e della struttura di supporto, se nominata) avrà il compito di redigere sia l'avviso di indagine esplorativa (schema di avviso allegato) sia la documentazione di gara;
2. Redazione della decisione di contrattare, che comprende l'approvazione dell'avviso e della documentazione di gara, ivi inclusa la doppia versione della lettera d'invito, in funzione degli esiti dell'avviso (criterio di aggiudicazione del minor prezzo e criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul rapporto qualità/prezzo ivi inclusi i criteri di valutazione dell'offerta tecnica);
3. Pubblicazione dell'avviso, in applicazione dell'art. 77 del Codice dei contratti pubblici, sul profilo del committente, sulla piattaforma Servizio Contratti Pubblici del MIT e, sotto forma di avviso di preinformazione, sulla Gazzetta Ufficiale dell'UE;
4. Alla scadenza del termine indicato nell'avviso si possono configurare due scenari:
 - a. Non sono pervenute proposte alternative dal mercato. L'amministrazione procede con la negoziazione con l'operatore economico precedentemente individuato (trasmissione lettera d'invito e avvio della procedura). L'aggiudicazione avverrà con il criterio del minor prezzo;
 - b. Sono pervenute proposte alternative dal mercato. Il GdL, previa valutazione delle proposte pervenute, redige l'elenco degli operatori economici da invitare alla successiva negoziazione, che avverrà sempre con trasmissione lettera d'invito e avvio della procedura di gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

CONFLITTO DI INTERESSI

Considerate le previsioni contenute nella documentazione riportata nella parte introduttiva, è obbligatorio che tutto il personale (anche esterno) coinvolto a vario titolo, in ogni singola fase della procedura, renda la dichiarazione di assenza di conflitto di interessi, utilizzando la modulistica predisposta dal gruppo di lavoro, in relazione al momento in cui viene coinvolto.

Ad esempio, il RUP ed i membri del GdL rendono la dichiarazione a seguito della nomina contenuta nel provvedimento di cui al punto 1. (vedi paragrafo Schema Operativo).

Nell'ipotesi in cui dovessero verificarsi situazioni, anche potenziali, di conflitto di interesse, dovrà essere data comunicazione tempestiva al Direttore/Dirigente.

ACQUISIZIONE E PERFEZIONAMENTO CIG

Il CIG deve essere ordinario e pertanto acquisito e perfezionato tramite il servizio SIMOG.

NOMINA COMPONENTE/I COLLEGGIO CONSULTIVO TECNICO (CCT)

La costituzione del CCT ai sensi dell'art. 215 del d.lgs. 36/2023, è reso obbligatorio (art. 215) nei casi di lavori di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea e forniture e servizi di importo pari o superiore ad 1 milione di euro.

Nei casi suddetti la stazione appaltante ha l'obbligo di nominare il CCT prima dell'avvio dell'esecuzione o comunque non oltre 10 (dieci) giorni da tale data. Per dettagli e approfondimenti si rimanda alla documentazione predisposta "NOMINA CCT".

MODALITÀ DI VERSAMENTO DELL'IMPOSTA DI BOLLO

In merito al pagamento dell'imposta di bollo per la stipula dei contratti d'appalto, il codice all'art. 18, comma 10, stabilisce che, con la tabella indicata all'allegato i.4 del d.lgs. 36/2023, è individuato il valore dell'imposta di bollo che l'appaltatore assolve una tantum al momento della stipula del contratto e in proporzione al valore dello stesso. Il citato comma 10 stabilisce, altresì, che sono sostituite le modalità di calcolo e versamento dell'imposta di bollo di cui al decreto del presidente della repubblica 26 ottobre 1972, n. 642 relativamente ai contratti d'appalto. con

disposizione dell'agenzia delle entrate, emanata il 28 giugno 2023, provvedimento prot. n. 240013/2023, rubricato *"individuazione delle modalità telematiche di versamento dell'imposta di bollo, di cui all'articolo 18, comma 10, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, che l'appaltatore assolve al momento della stipula del contratto"*, e risoluzione n. 37/e rubricata *"istituzione dei codici tributo per il versamento, tramite modello "F24 versamenti con elementi identificativi (F24 ELIDE), dell'imposta di bollo, di cui all'articolo 18, comma 10, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, che l'appaltatore assolve al momento della stipula del contratto"* l'ade ha chiarito le nuove modalità di versamento di questa imposta, coerenti con la digitalizzazione del procurement, con l'obiettivo di ridurre gli oneri gestionali e di conservazione documentale.

Il versamento dell'imposta avviene ora con modalità telematica, utilizzando il modello *"F24 versamenti con elementi identificativi"* (F24 ELIDE). I versamenti effettuati in questo modo sono consultabili sia dall'appaltatore che ha effettuato il pagamento sia dalla stazione appaltante nel rispettivo cassetto fiscale accessibile dall'area riservata del sito internet dell'agenzia delle entrate.

Relativamente alla responsabilità solidale della stazione appaltante in merito al pagamento dell'imposta di bollo, si precisa che, attualmente, il codice dei contratti pubblici, nonché la normativa ad esso connessa non esclude la responsabilità solidale della stazione appaltante in merito al versamento dell'imposta.

Pertanto, fermo restando l'obbligo di verifica dell'effettivo versamento (qualora sia dovuto) da parte dell'appaltatore si ritiene, in maniera cautelativa per l'ente, applicabile l'art. 22 del dpr 642/1972 a norma del quale *"sono obbligati in solido per il pagamento dell'imposta e delle eventuali (sanzioni amministrative): 1) tutte le parti che sottoscrivono, ricevono, accettano o negoziano atti, documenti o registri non in regola con le disposizioni del presente decreto ovvero li enunciano o li allegano ad altri atti o documenti; 2) tutti coloro che fanno uso, ai sensi dell'art. 2, di un atto, documento o registro non soggetto al bollo fin dall'origine senza prima farlo munire del bollo prescritto."*

Conseguentemente, per gli operatori economici italiani o stranieri residenti in Italia sarà necessario richiedere copia del versamento effettuato tramite F24 ELIDE, mentre, per gli operatori economici stranieri, dovrà essere richiesta la presentazione della copia della contabile del bonifico effettuato su IBAN IT07Y0100003245348008120501 – BIC BITAITRRENT.

SCHEMI OPERATIVI

I *flow chart* seguenti descrivono gli adempimenti nonché la sequenza temporale per la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando fino alla trasmissione della lettera ordine.

Soggetti:

- Direttore/Dirigente in viola
- GdL in rosso
- RUP, Supporto al RUP, Responsabile di fase in blu
- Richiedente acquisto in giallo

