

# Appalti: l'importanza della motivazione nella scelta della procedura negoziata senza bando

Scritto da Interdata Cuzzola | 12/04/2024

Come è noto, l'art. 76 del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 36/2023) disciplina i casi e le circostanze in cui - a prescindere che si tratti di procedure sopra-soglia ovvero sotto-soglia - è ammesso l'affidamento mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara; tale specifica procedura, nell'ambito del Codice previgente (Decreto Legislativo n. 50/2016), era trattata all'art. 63 in modo tendenzialmente analogo, individuando gli specifici e tassativi presupposti nonché i limiti entro i quali consentire il suo utilizzo.

In particolare, la procedura in esame può essere utilizzata, fra l'altro, nella misura strettamente necessaria, in casi di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili per l'Amministrazione (ex multis: Consiglio di Stato, sez. III, sent. 26 aprile 2019, n. 2687), essendo a tal fine valorizzato dal dato normativo l'onere motivazionale a carico dell'amministrazione indicente, in linea con l'orientamento pacifico della giurisprudenza euro-unitaria (per tutte la sentenza della CGCE 8.4.2008, causa C-337/05) secondo cui 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.

Ebbene, in tale ottica, come ricordato dal TAR Campania, Napoli, sez. V, nella sent. 4 aprile 2024, n. 2200, l'articolo in questione, nel chiarire, la portata dell'onere motivazionale imposto all'Amministrazione, ha precisato la necessità dell'esatta delimitazione del caso concreto, ovvero sia 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.

In definitiva, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati, con l'ulteriore precisazione che "le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici."

Il sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando

rappresenta, quindi, un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili d'interpretazione estensiva (in tal senso, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 3 febbraio 2016, n. 413).

In base alla sopra citata previsione normativa, l'affidamento diretto è, quindi, 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"* (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 24 marzo 2022, n. 2160; sent. 22 novembre 2021, n. 7827).

Nel caso analizzato dai giudici napoletani, in particolare, tali presupposti sono stati ritenuti sussistenti, alla luce delle seguenti osservazioni:

- la stazione appaltante (nello specifico, un'azienda sanitaria), prendendo atto, da un lato, che le procedure regionali di accreditamento dei soggetti erogatori del servizio richiesto erano ancora in corso di svolgimento e, dall'altro, che il contratto con l'affidatario uscente era prossimo alla scadenza senza che fosse prevista la proroga contrattuale, ha evidenziato la necessità, onde garantire la regolare prosecuzione del servizio nel rispetto del quadro normativo di riferimento, di procedere alla scelta di un nuovo operatore economico, attivando una procedura, per l'affidamento delle forniture in questione, di carattere transitorio, con durata limitata al solo periodo necessario al completamento della procedura di accreditamento delle cure domiciliari;
- nella medesima delibera è stata disposta, in pendenza della nuova procedura di gara per l'affidamento della concessione, sussistendo l'urgente e indifferibile necessità di dare corso a una gestione provvisoria del servizio nelle more dell'espletamento della gara, la proroga tecnica per un solo mese;
- la durata del contratto da aggiudicare con la gara ponte è stata ragionevolmente fissata in mesi sei, prorogabile una sola volta per la medesima durata, in relazione al probabile protrarsi delle procedure regionali di accreditamento;
- nel capitolato speciale di appalto, la stazione appaltante si è riservata il diritto di recedere dal contratto-ponte aggiudicato, *ad nutum*, qualora le predette procedure di accreditamento dovessero concludersi anteriormente alla stabilita scadenza contrattuale, onde poter tempestivamente indire una nuova gara, nel rispetto della piena concorrenzialità con i soggetti accreditati.

Come chiarito dal Consiglio di Stato (sez. III, sent. 8 ottobre 2018, n. 5766), è invero lecita la possibilità di ricorrere, a certe condizioni, alla procedura negoziata senza bando, ove sussista la necessità di garantire il servizio, quale misura temporale strettamente necessaria nelle more della stipula del nuovo contratto.