

Appalto con concorrenza assente per motivi tecnici: il warning dell'ANAC

Scritto da Interdata Cuzzola | 22/05/2024

Come è noto, l'art. 76, comma 1, del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 36/2023) stabilisce che *“Le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara quando ricorrono i presupposti fissati dai commi seguenti, dandone motivatamente conto nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. A tali fini le stazioni appaltanti tengono conto degli esiti delle consultazioni di mercato eventualmente eseguite, rivolte anche ad analizzare i mercati europei oppure, se del caso, extraeuropei.”*; il successivo comma 2, lett. b), n. 2) prevede che *“Le stazioni appaltanti possono ricorrere a una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando nei seguenti casi: ... quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: ... la concorrenza è assente per motivi tecnici”*.

Il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando, per i casi in cui una fornitura e un servizio siano effettivamente infungibili, il legislatore, comunitario e nazionale, ha previsto deroghe alla regola della selezione attraverso una selezione pubblica, considerato che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo 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 (sul punto, cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sent. 8 gennaio 2013, n. 26; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, sent. 21 febbraio 2018, n. 500; TAR Campania, Napoli, 16 novembre 2016, n. 5274).

Come evidenziato dall'ANAC nel parere di precontenzioso n. 223 dello scorso 8 maggio, trattandosi di una deroga alla regola della gara pubblica, occorre che l'infungibilità sia debitamente accertata e motivata nella determina a contrarre dell'amministrazione, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

Come affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea (Corte Giust. UE 8 aprile 2008, causa C-337/05), la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara 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 modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza.