

Trattativa senza gara alla luce di una consolidata giurisprudenza

M. Lucca (La Gazzetta degli Enti Locali 13/5/2010)

1. Trasparenza, pubblicità e concorrenza

La trasparenza della pubblica amministrazione costituisce un principio immanente nell'ordinamento amministrativo in grado di "finalizzare" il c.d. perseguimento dell'interesse pubblico (ex art. 97 Cost.), concetto che -nelle procedure di gara- coincide con l'altro principio cogente della pubblicità (*rectius* imparzialità, concorrenza di derivazione comunitaria e *par condicio*) (1) allo scopo di affidare lavori e/o acquisire servizi o forniture in un mercato libero, aperto e competitivo (2) contrario, per ciò, alla trattativa diretta (metodo derogatorio ed eccezionale di selezione del contraente sin dalla Legge e al Regolamento di contabilità dello Stato del 1923/1924) (3).

Il codice dei contratti pubblici nel definire le procedure di aggiudicazione (procedure aperte, ristrette, dialogo competitivo, negoziate) considera la trattativa diretta (negoziata, senza gara) una formula marginale rispetto alla procedura aperta, tale da richiedere oggettive giustificazioni (4) ed un'articolata motivazione (ovvero, la dimostrazione dell'unicità del fornitore) (5), pena la violazione dei principi citati.

Si deve sostenere, quindi, che il meccanismo privilegiato di scelta del contraente sia tendenzialmente la gara aperta (associata ad una chiara definizione dell'oggetto del contratto) in quando preclude di alterare o diminuire la platea dei concorrenti, garantendo così facendo la massima partecipazione degli operatori economici.

In questo quadro d'insieme non va sottaciuto che le condizioni di gara impediscono aggiustamenti della domanda nel corso della procedura ed anzi la stessa è presidiata dal principio di immodificabilità dell'offerta, che ovviamente presuppone altrettanta tendenziale rigidità sul piano della domanda (6): il sistema impone l'invarianza delle condizioni negoziali stabilite in sede di bando (7).

La modificazione delle condizioni di gara impediscono la regolare procedura di affidamento, e parimenti il rinnovo delle procedure di aggiudicazione (8), senza l'espletamento di una selezione (9), inficiano (minano) alla base la scelta del concorrente e si pongono in palese contrasto con la disciplina nazionale e comunitaria (10).

2. Rinnovo e proroga

In tal senso, il rinnovo di un contratto d'appalto, stipulato al di fuori dei limitati casi contemplati dall'ordinamento, è qualificabile come trattativa privata non consentita in assenza dell'espletamento di una gara (o di una sua previsione iniziale sul bando) (11), e legittima qualsiasi impresa del settore a far valere dinanzi al giudice amministrativo il suo interesse legittimo all'espletamento di una gara (12), salvo l'ipotesi che l'interessato abbia presentato una offerta e partecipato al procedimento senza esprimere alcuna specifica riserva (13).

Parimenti, la proroga, oltre a violare il disposto dell'art. 23 della legge n. 65/2005, contraddice al generale principio dell'evidenza pubblica (gara aperta), il cui rispetto è imposto anche dal dovere di preservare il diritto alla libera concorrenza, garantito a livello comunitario in materia di appalti pubblici: una volta espunta dall'ordinamento la disposizione che, a determinate condizioni, consentiva il rinnovo espresso dei contratti (art. 6, secondo comma, della legge n. 537/1993), il sistema non prevede infatti altra via che quella del reperimento del contraente secondo le regole dell'evidenza pubblica (14).

Il disposto normativo induce a livello ermeneutico, un vincolo in sede di interpretazione di ogni altro strumento o disposizione che possano, in linea teorica, raggiungere un effetto sostanzialmente identico a quello del rinnovo: ne consegue che la proroga dei rapporti in essere aderisce alla stessa logica che presiede al divieto di rinnovo escludendo in radice ogni effetto simile pregiudizievole per il principio di concorrenza.

A riprova, "la proroga dei contratti (proprio per la sua potenziale nocività nei confronti dei principi dell'evidenza pubblica e della salvaguardia della concorrenza) non è un istituto stabile dell'ordinamento ma è stata prevista dall'art. 23 della l. 62/2005 soltanto nella fase transitoria successiva all'abrogazione dell'istituto del rinnovo (ed anche in tale fase risultava circondata da particolari garanzie, come la durata non superiore a sei mesi e la celere pubblicazione del bando di gara) sicché oggi essa risulta persino priva della necessaria base normativa" (15).

3. Norme di stretta interpretazione e nuovi servizi

La disposizione dell'articolo 57 del codice dei contratti va interpretata in senso restrittivo e ciò proprio per evitare che questa possa risolversi in uno strumento per aggirare il divieto di rinnovo (16).

Pere giusto chiarire che l'art. 57 (analogamente alla corrispondente disposizione della direttiva 2008/14/Ce) ha come oggetto una nuova aggiudicazione (sia pure in forma negoziata e senza previa pubblicazione di un bando) di "nuovi servizi"; cioè, a servizi la cui esecuzione, al momento della indizione della gara originaria, è presa in considerazione solo a livello di mera eventualità perché, a quell'epoca, il relativo bisogno non viene a concretizzarsi (ossia, può sorgere solo successivamente all'indizione della gara) ed è questa la ragione

per la quale la disposizione, dal punto di vista letterale, parla di “nuovi servizi”.

La stazione appaltante opera in sede di avviso una valutazione *ex ante* di un futuro bisogno (*ex post*) solo potenziale (includendolo, comunque, in sede di bando la ripetizione eventuale: non certa) che non lo concretizza all’esito della corrispondente procedura concorsuale (e questo al fine di evitare l’artificioso frazionamento dell’appalto e della relativa soglia) ma si riserva, appunto, la facoltà di farlo nel triennio dalla stipula del contratto.

4. Proroga *ab origine*

Viceversa, la proroga dei contratti della p.a. sono consentite se già previste *ab origine*, e comunque entro termini determinati, sicché una volta che il contratto scada e si proceda ad una sua proroga senza che essa sia prevista *ab origine*, o comunque oltre i limiti temporali consentiti, la proroga è da equiparare ad un affidamento senza gara ed è, pertanto, da ritenere illegittima (17).

Si osserva, allora, che il rinnovo del contratto si sostanzia nella riedizione del rapporto pregresso (generalmente in virtù di una clausola già contenuta nella relativa disciplina), mentre la ripetizione di servizi analoghi (*ex art. 57 del codice dei contratti*) postula una nuova aggiudicazione (sia pure in forma negoziata) alla stregua di un progetto di base.

Si tratta, evidenzia il giudice di seconde cure, di “due istituti profondamente distinti: mentre il rinnovo risultava applicabile a qualsiasi rapporto e comportava una ripetizione delle prestazioni per una durata pari a quella originariamente fissata nel contratto rinnovando, la ripetizione dei servizi analoghi comporta un nuovo e diverso vincolo contrattuale, con un diverso oggetto, come a tacer d’altro si ricava dal dato che la ripetizione può aver luogo solo nel triennio successivo alla stipula dell’appalto iniziale... Rinnovo (vietato) e ripetizione dei servizi analoghi (ammessa a certe condizioni dal diritto di derivazione comunitaria) non sono pertanto istituti sovrapponibili” (18).

5. Urgenza e imprevedibilità

L’affidamento senza gara (procedura negoziata, senza pubblicazione del bando) può, tuttavia, essere utilizzata nella misura strettamente necessaria **quando l’estrema urgenza**, risultante (coordinata alla presenza) da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti (è necessaria l’ostensione di un idoneo adeguato **apparato motivazionale con il quale venga fornita congrua emersione alle relative ragioni**) e non da situazioni soggettive, contingibili, prevedibili e ad esse imputabili, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara (19).

È indispensabile, visto il carattere di eccezionalità, la compresenza di una situazione non altrimenti fronteggiabile ed inoltre devono emergere le ragioni giustificanti al ricorso all’eccezionale procedura derogatoria (di cui alla lettera c) del comma 2 dell’articolo 57 del d.lgs. n. 163/2006) (20).

Indiscutibilmente devono essere presenti i presupposti giustificanti che “vanno valutati ed apprezzati con il necessario rigore, onde scongiurare che situazioni di pretesa (ma non compiutamente dimostrabile) urgenza possano costituire un *commodus discessus* rispetto all’obbligo di individuare il privato contraente attraverso il confronto concorrenziale che solo la pubblica procedura di selezione consente di attuare con carattere di oggettività e trasparenza” (21).

Tali presupposti devono essere acclarati nella fattispecie trattata (presa in considerazione), secondo i canoni individuati dall’articolo 3, della legge n. 241 del 1990, deve essere dimostrato la concreta rilevanza dell’urgenza coniugata all’imprevedibilità, elementi che legittimano il ricorso alla trattativa: un obbligo motivazionale indispensabile, “lungi dall’atteggiarsi alla stregua di una mera estrinsecazione di un apparato giustificativo preconfezionato al solo scopo di offrire emersione alle scelte discrezionalmente operate dall’amministrazione, deve oggettivamente (quanto, con ogni evidenza, compiutamente) offrire l’indicazione dei pertinenti presupposti legittimanti: e, con essi, della presenza di un nesso di necessità (quanto univoca) implicazione causale, tale da imporre (in presenza di condizioni che la stessa legge qualifica, delimitandone l’operatività alla misura “strettamente necessaria”, in termini di “estrema urgenza” e di “imprevedibilità”) il ricorso alla trattativa privata” (22).

Per altri versi, una volta andata deserta la gara bandita, l’amministrazione è libera di valutare se esperire una nuova procedura di appalto, procedere alla trattativa privata, all’affidamento *in house* ecc..., con scelte sottratte al sindacato del giudice se non sono palesemente arbitrarie, irragionevoli, irrazionali, illogiche o fondate su un macroscopico travisamento di fatto (23), dovendo evidenziare che le condizioni iniziali del contratto non possono essere modificate in modo sostanziale da quanto già stabilito nel bando originario. È noto che, ai sensi dell’articolo 56, comma 1, lett. a), del d.lgs. 163/2006, le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante procedura negoziata, previa pubblicazione del bando, quando nella precedente gara tutte le offerte sono state giudicate irregolari o inammissibili: in tal caso, “non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto” (24).

Alla luce delle considerazioni poste il ricorso alla trattativa privata costituisce una deroga (eccezione) al sistema ordinario di scelta del contraente, rappresenta una tipologia residuale limitata - di stretta applicazione - ai soli casi individuati dalla legge, e necessita di un apporto motivazionale circostanziato in

grado di esplicitare le ragioni fattuali (intrinseche) che giustificano la scelta: il provvedimento amministrativo deve contenere, pena l'illegittimità, **la dimostrazione dell'oggettività della situazione emergenziale associata alla sua imprevedibilità, elementi che non consentano l'indugio alla procedura ordinaria.**

L'estrema urgenza dei lavori deve risultare da eventi imprevedibili per la stazione appaltante, fermo restando che l'urgenza non può, né deve dipendere da un ritardo di attivazione del procedimento che sia imputabile all'ente pubblico (25), diversamente (appurata l'assenza dei presupposti) si dà ingresso alla domanda di risarcimento dei danni (nella forma della reintegrazione in forma specifica o per equivalente, in relazione all'esecuzione materiale dei lavori) per gli eventuali addebiti all'Amministrazione procedente ravvisabile nella colpa che ha inficiato l'intera procedura di negoziazione diretta del contratto per lavori pubblici.

(1) Cfr. TAR Puglia, Lecce, sez. III, 9.7.2009, n. 1802, i giudici non hanno considerato ragionevole sostenere "che possa ravvisarsi il rispetto dei criteri trasparenza e pubblicità nella mera affissione all'albo pretorio di un avviso pubblico, per un periodo di tempo anormalmente contenuto", giungendo alla conclusione che "trattasi di una modalità comunque conoscibile da pochi e male pubblicizzata", con il rilievo che "la procedura è stata dunque attivata senza ricorrere all'evidenza pubblica e alla pubblicazione di un bando di gara e senza alcuna legittimazione, mediante regolamento, ad una deroga alla disciplina generale e, in subordine, in assenza di un qualsiasi avviso pubblico adeguatamente reso noto, ad esempio, mediante pubblicazione per estratto sui quotidiani più diffusi". Vedi TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 21.6.2007, n. 1683 in merito alla discriminazione territoriale e della libera prestazione dei servizi sancito dall'art. 59 del Trattato Cee, aventi diretta applicabilità nel territorio nazionale.

(2) Lo Stato, le regioni, gli enti territoriali, nonché gli enti pubblici non economici, sono sempre tenuti, indipendentemente dal valore della gara da aggiudicare, alla scelta del contraente con procedure di evidenza pubblica, in ordine alle quali sussiste la giurisdizione generale del giudice amministrativo, C.G.A., sez. giurisd., 6.5.2008, n. 412.

(3) **Nel contratto di appalto pubblico l'omissione della gara prescritta dalla legge per l'individuazione del contraente privato - omissione cui deve equipararsi l'espletamento meramente apparente delle formalità previste dalla legge - comporta la nullità del contratto per contrasto con norme imperative, Cass. civ., sez. I, 5.5.2008, n. 11031.**

(4) L'ipotesi contemplata dall'articolo 57, del d.lgs. n. 163/2003, formulato in attuazione della disciplina comunitaria, prevede, infatti, che le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara in ipotesi predeterminate, dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o nella determina a contrarre. Tra le ipotesi di deroga al principio generale della gara pubblica è previsto il caso in cui "per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato", TAR Puglia, Lecce, sez. III, 29.1.2010, n. 372.

(5) Cfr. sulla necessità di specifica motivazione TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 31.7.2009, n. 1107.

(6) Vedi, Corte Giustizia Comunità Europee, sez. I, 24.1.2008, chiarisce che l'art. 36, n. 2, della direttiva 92/50/Cee, letto alla luce dei principi di trasparenza e parità di trattamento, osta a che un'amministrazione aggiudicatrice di un appalto pubblico di servizi col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dopo aver indicato nel bando di gara o nel capitolato d'oneri i criteri di aggiudicazione, specifichi in un momento successivo coefficienti di ponderazione o sottocriteri.

(7) Non si può escludere il potere di annullare l'aggiudicazione di un appalto pubblico anche dopo la stipulazione del contratto qualora sussistano i presupposti del ricorso alla cd. "autotutela", comunemente ravvisati nella illegittimità dell'atto annullato e nella sussistenza di un interesse pubblico da compararsi con quello del privato che abbia riposto un legittimo affidamento sulla stabilità dei suoi effetti, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 29.12.2008 n. 6171. Vedi, anche TAR Lazio, Roma, sez. II-quater, 16.3.2010, n.4175, dove si statuisce la legittimità di una revoca della gara disposta dalla stazione appaltante in presenza di documentate e obiettive esigenze di interesse pubblico che siano state opportunamente e debitamente esplicitate, che rendano evidente l'inopportunità o comunque l'inutilità della prosecuzione della gara stessa.

(8) Vedi la sentenza Cons. Stato, sez. V, 8 luglio 2008, n.3391.

(9) Giova rilevare che anche nel caso di un'unica offerta valida è necessario procedere ad una valutazione di congruità, Cons. Stato, sez. V, 19.4.2010, n. 2188.

(10) Cfr. Corte di giustizia europea sez.II, 4.10.2007, C-217/06, relativo all'inadempimento della Repubblica Italiana agli obblighi incombenti in forza della direttiva del Consiglio 26.7.1971, n. 71/305/Cee. Si trattava di un affidamento diretto senza pubblicazione del bando di gara nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee.

(11) TAR Veneto, sez. I, 25.11.2008, n.3637, la proroga era stata inserita nell'oggetto della gara e anche su essa, precisano i giudici, vi è stato il confronto concorrenziale, con la conseguenza che la proroga non contrasta con il principio comunitario che vieta alle amministrazioni (in modo diretto o indiretto) di attribuire, senza procedura di gara, un appalto di servizi e forniture.

(12) TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 22.10.2009, n. 1775. Cfr. l'art. 57, comma 7, del codice dei contratti pubblici.

(13) La partecipazione alla gara manifesta acquiescenza al metodo negoziato di contrattazione scelto dalla stazione appaltante, e rende l'eventuale ricorso inammissibile per difetto di interesse, TAR Lazio, Roma, sez. II, 24.2.2010, n. 3003. Si veda, in generale, Cons. Stato, sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4927 che esclude l'inammissibilità del ricorso quando il bando presenti clausole che impediscano la partecipazione alla gara. Invero, un orientamento di una consolidata giurisprudenza ritiene che quando un ente pubblico stipula un contratto per pubblici lavori o servizi, previa trattativa privata, gli aspiranti competitori, ai quali non è stata offerta la possibilità di partecipare alla gara, sono titolari di un interesse strumentale al ricorso avverso gli atti della trattativa privata, Cons. Stato, sez. V, 10.4.2000 n. 2079; *idem* 22.3.1995 n. 454; *idem* 20.5.1995 n. 498; TAR Bologna, sez. II, 27.1.1998, n. 15; TAR Piemonte II, 10.7.1997 n. 371.

(14) Cons. Stato, sez. V, 8.7.2008, n. 3391.

(15) Cons. Stato, sez. V, 11.5.2009, n. 2882.

(16) Cons. Stato, Sez. VI, 31.10.2006, n. 6457.

(17) Cons. Stato, sez. VI, 16.2.2010, n. 850.

(18) Cons. Stato, sez. V, 11.5.2009, n. 2882.

(19) TAR Piemonte, sez. II, 26.3.2010, n. 1597.

(20) Cfr. Parere Autorità garante della concorrenza e del mercato del 5 marzo 2009 n. AS521, relativamente ad un affidamento (diretto) della gestione di una rete *wireless* che, seppure in via astratta, possa essere derogato in presenza di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, **ha ritenuto l'illegittimità dell'affidamento diretto in assenza della dimostrazione concreta "di almeno una delle menzionate peculiari caratteristiche che non permetterebbero un efficace e utile ricorso al mercato"**.

(21) T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 18.2.2009, n. 1656.

(22) T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 18.2.2009, n. 1656.

(23) T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 28.12.2009, n. 1780.

(24) Questo significa che l'amministrazione non può stabilire una diversa base d'asta né può modificare le altre condizioni del contratto che influiscono sul sinallagma perché la norma mira ad evitare una elusione delle norme sulla concorrenza, volendo impedire che un'amministrazione possa avvalersi della procedura negoziata proponendo condizioni più favorevoli rispetto alla procedura aperta non andata a buon fine, TAR Val D'Aosta, sez. I, 28.4.2009, n. 37.

(25) TAR Molise, sez. I, 16.7.2008, n. 689.

La ricerca dell'"operatore economico determinato" quale ipotesi applicativa di procedura negoziata senza previo bando di gara

M. Alesio (La Gazzetta degli Enti Locali 24/3/2010)

L'articolo 57, comma 2, lettera *b*), del codice dei contratti pubblici (d.lgs n. 163 del 2006) prevede la procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando di gara, quale ipotesi di deroga al principio generale della gara pubblica, nel caso in cui "per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato". Ricorre tale fattispecie, in relazione ad un sistema di telegestione e di risparmio energetico sugli impianti di pubblica illuminazione, laddove l'impresa, in ragione anche dei brevetti insiti nella sua proposta progettuale, si ponga come "unico interlocutore" per la fornitura del sistema medesimo. È quanto affermato dal TAR Puglia, Lecce, sez. III, nella sentenza 29 gennaio 2010, n. 372, ove si analizza, con meritevole attenzione, una particolare ipotesi applicativa della negoziata senza bando.

LA VICENDA

Il Comune di Ugento, a seguito di una corposa indagine istruttoria, perveniva all'approvazione della proposta progettuale, avanzata da primaria impresa telefonica, per la realizzazione di un sistema di telegestione e di risparmio energetico sugli impianti di illuminazione pubblica. Il provvedimento di approvazione, nella fattispecie la deliberazione n. 151/2009 della giunta comunale, conteneva un puntuale corredo motivazionale, a giustificazione dell'affidamento, senza gara, del servizio, fondato sull'articolo 57, comma 2, lettera *b*), del codice dei contratti.

Avverso tale provvedimento, presentava ricorso l'impresa T., lamentando la cattiva applicazione della predetta disposizione normativa e la violazione dei principi di trasparenza e libera concorrenza. Inoltre, l'impresa ricorrente, a sostegno delle proprie doglianze, dichiara di aver presentato un'ipotesi progettuale, prevedente l'utilizzo di tecnologie alternative, idonee ad assicurare la medesima funzionalità del progetto

dall'impresa vincitrice.

Il TAR respinge il ricorso, evidenziando la piena ricorrenza della peculiare ipotesi applicativa di procedura negoziata.

I CARATTERI ESSENZIALI DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

Prima di esaminare l'attenta e pregevole analisi del TAR Lecce, occorre ricordare che il ricorso alla procedura negoziata, nelle sue diverse tipologie, quale sistema di scelta del contraente, presenta alcune peculiari caratteristiche.

È un sistema, innanzitutto, **eccezionale, in quanto fuoriesce dagli schemi ordinari e generali dell'asta pubblica** (ora, procedura aperta) e della licitazione privata (ora, procedura ristretta). Significativamente, l'articolo 54 del codice appalti, mentre al comma 2, prescrive che le stazioni appaltanti, di norma, aggiudicano i contratti mediante procedura aperta o ristretta, al comma 4, espressamente stabilisce che “nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previste, le stazioni appaltanti possono affidare i contratti pubblici mediante una procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara”. In altri termini, procedura aperta e procedura ristretta costituiscono e rappresentano gli “ordinari” modelli di scelta del contraente. L'aggettivo ordinario sta, significativamente, ad indicare che è possibile ricorrere ad entrambi, senza dover verificare la sussistenza di alcuna particolare condizione, senza dover motivare alcunché! Dunque, aperta e ristretta sono procedure generali ed ordinarie di scelta del contraente: la stazione appaltante può ricorrere ad una delle due, senza dover fornire alcuna spiegazione. Viceversa, le procedure negoziate hanno conservato all'interno del Codice dei contratti pubblici la loro natura eccezionale e sono consentite solo in presenza delle peculiari e straordinarie ipotesi, espressamente e tassativamente, previste dal codice medesimo. La Corte di Giustizia delle Comunità europee (8 aprile 2008, n. 337), al riguardo, ha affermato che “dal dodicesimo 'considerando' della direttiva 93/36, risulta che la procedura negoziata ha carattere eccezionale ed è ammissibile soltanto nelle ipotesi tassativamente indicate nell'articolo 6 n. 2 e 3. Pena la privazione dell'effetto utile della direttiva 93/36, gli Stati membri non possono introdurre ipotesi di ricorso alla procedura negoziata non previste dalla direttiva stessa oppure aggiungere condizioni aventi l'effetto di rendere più agevole il ricorso a detta procedura”.

La giurisprudenza nazionale non ha mai avuto dubbi sul carattere di eccezionalità della trattativa privata: “Il metodo della trattativa privata nell'affidamento di appalti di opere pubbliche presenta un sicuro carattere di eccezionalità, rispetto agli altri metodi di scelta del contraente, onde le circostanze speciali ed eccezionali che consentono il ricorso a tale metodo, non possono risolversi in meri giudizi discrezionali di opportunità” (TAR Piemonte, sez. II, n. 154/1993). Più recentemente, sopravvenuto il codice, è stato significativamente affermato che “Costituisce *ius receptum* il principio, secondo il quale, costituendo la trattativa privata ipotesi del tutto eccezionale, l'amministrazione appaltante è libera di indire una gara pubblica, pur quando si verifichino in astratto presupposti per aggiudicare i lavori mediante trattativa privata, senza neanche indicare le ragioni di tale scelta, rientrando ciò nelle scelte ordinarie dell'amministrazione che l'ordinamento considera di per sé preferibili; piuttosto, al contrario, è la scelta della p.a. di procedere a trattativa privata, che va adeguatamente motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti specifici legali che di volta in volta la giustificano (TAR Puglia, Lecce, sez. II, n. 173/2009). Una pronuncia chiara ed inequivoca: la gara pubblica, cioè le equidistanti procedure aperte e ristrette, non necessita di alcuna giustificazione, sia perché costituisce procedura ordinaria, sia perché rispetta i principi di trasparenza, efficienza e concorrenza. Viceversa, la procedura negoziata, in quanto modalità eccezionale, esige una puntuale motivazione in merito alla sussistenza della precisa ipotesi, normativamente prevista.

Inoltre, la procedura negoziata costituisce un sistema anche **residuale**, in quanto ad esso può farsi ricorso solo in ipotesi marginali: “la trattativa privata costituisce un sistema di scelta del contraente di natura residuale ed eccezionale” (TAR Piemonte, sez. II, n. 965/2004).

Ancora, è un sistema **derogatorio, in quanto costituisce eccezione ai sistemi generali, basati sulla gara: “il sistema della trattativa privata è, dunque, eccezionale, perché derogatorio rispetto ad altri sistemi fondati sulla regola della gara pubblica”** (Cons. Stato, sez. IV, n. 399/2001).

Infine, è un sistema che esige una **“motivazione onerosa”**, cioè maggiormente dettagliata e puntuale: “Ai sensi degli art. 6 e 7, d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157, la stazione appaltante può deliberare di affidare un appalto di fornitura a trattativa privata, anche senza preventiva pubblicazione del bando, ma in questo caso deve spiegare in modo analitico e ragionevole per quale motivo sussistano i presupposti indicati dalle dette norme” (TAR Emilia-Romagna, sez. I, n. 471/2003).

IL CORRETTO PROCEDIMENTO PER L'INDIVIDUAZIONE DELL'OPERATORE UNICO DETERMINATO, PER RAGIONI TECNICHE, NELL'ANALISI DEL TAR LECCE

Eccezionalità, residualità, carattere derogatorio e motivazione onerosa non possono che imporre alla stazione appaltante un percorso procedurale particolarmente severo, a conclusione del quale appaia ben chiaro ed indiscusso che il ricorso alla procedura negoziata, in particolar modo quella per “motivi tecnici”, costituisce l'unica soluzione concretamente praticabile.

Veniamo, dunque, ora alla puntuale analisi posta in essere dal Tar Lecce.

Primariamente, il TAR si preoccupa di ricordare l'illustrato carattere di eccezionalità: "la procedura negoziata costituisce un'ipotesi di *ius singulare*, rappresentando una deroga alla regola generale del ricorso alle procedure aperte e ristrette". Indi, viene indicata la peculiare fattispecie applicativa, prevista dal comma 2, lettera b), dell'articolo 57 del codice: sussistenza di ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, per le quali il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato".

Nella concreta fattispecie, l'operatore risulta "unico determinato", in base a "ragioni di natura tecnica". Al riguardo, i giudici amministrativi rilevano che il provvedimento di aggiudicazione contiene una più che esauriente motivazione, in quanto vengono illustrati gli obiettivi desiderati, i mezzi per ottenerli e le possibilità offerte dal mercato, indicando anche i diritti brevettuali, che giustificano l'affidamento senza gara. L'oggetto dell'appalto è costituito dalla realizzazione di un sistema di tele-gestione e di risparmio energetico, relativo alla rete di illuminazione stradale, mentre l'obiettivo primario, che l'amministrazione intende perseguire, è costituito, oltre che dal contenimento dei costi, derivanti dall'impianto di pubblica illuminazione, dallo sviluppo dei servizi comunali all'utenza. Lo strumento per soddisfare tali obiettivi viene individuato in una tecnologia, idonea a perseguire risparmi energetici e la possibilità di trasformare la rete tradizionale di illuminazione pubblica in una rete di trasporto multimediale, integrata con la rete IP (*internet protocol*) comunale e coniugabile con le avanzate tecnologie per il controllo energetico (telegestione e telecontrollo).

A fronte di tali esigenze, di siffatti interessi pubblici da perseguire, la proposta progettuale accolta, così come ben evidenziato nel provvedimento, presenta chiari vantaggi. In primo luogo, il sistema consente al personale comunale di assumere, a distanza, il pieno controllo dei quadri elettrici, con conseguente risparmio sui costi di intervento e sulla spesa energetica. Inoltre, il sistema permette di dialogare a distanza, mediante computer, con ogni singolo armadio e con ogni singolo punto luminoso, dislocato sul territorio comunale. In tal modo, risulta possibile monitorare i consumi energetici, diminuire il flusso luminoso, scoprire in tempo reale eventuali disfunzioni e determinare gli orari di accensione e di spegnimento per ogni singolo punto luminoso. Infine, il sistema permette di configurare la rete dei lampioni di illuminazione pubblica, con la possibile integrazione di una rete informatica, come una piattaforma di abilitazione per nuovi servizi evoluti, quali: videosorveglianza, gestione delle emergenze, rete civica, gestione dei rifiuti.

Ora, come indicato nel provvedimento aggiudicativo, il progetto, anche in ragione dei brevetti, si presenta come unica soluzione tecnica, idonea a soddisfare le concrete esigenze pubbliche, in modo tale da poter legittimamente qualificare l'impresa come "unico operatore determinato", cioè come unico interlocutore. Al riguardo, il TAR sottolinea la puntuale motivazione contenuta nel provvedimento ed evidenzia che "il progetto presenta un *quid pluris*, che costituisce una peculiarità, fondata su determinati diritti di esclusiva, rispetto ad un tradizionale impianto di pubblica illuminazione". Infine, i giudici amministrativi ben fanno rilevare che l'impresa ricorrente non ha dimostrato, in alcun modo, la sussistenza di un sistema alternativo, in grado di soddisfare le predette esigenze pubbliche, limitandosi a ripetere come "semplice petizione di principio l'asserzione dell'esistenza di tecnologie alternative, che consentano di assicurare le medesime funzionalità".

Orbene, il procedimento di individuazione dell'operatore unico determinato, così come posto in essere dal comune e come apprezzato dal Tar, appare corretto e pienamente condivisibile.

Infatti, in primo luogo, la stazione appaltante, in qualità di Pubblica amministrazione, deve porsi il problema di individuare con precisione l'**interesse** o, *rectius*, l'**esigenza pubblica da soddisfare**. Si tratta di un importante elemento, la cui corretta individuazione è decisiva, in quanto imprecise ricognizioni condizioneranno negativamente e, sovente, in modo irreparabile, l'agire futuro. Individuata correttamente l'esigenza, è possibile pervenire alla **definizione tecnica del servizio**, da ricercare sul mercato. È evidente che l'identificazione del servizio e delle sue peculiari e, talora, esclusive caratteristiche, deve avvenire con estremo rigore da parte della pubblica amministrazione, in modo da poter comprendere e, poi, dimostrare, la possibilità, o meno del ricorso al mercato, cioè alla gara pubblica, oppure la necessità di contrattare con un unico operatore economico. Solo a questo punto, cioè dopo aver individuato il "bisogno pubblico" e definito il servizio nei suoi elementi tecnici, è possibile valutare l'eventuale **sussistenza di "motivi di natura tecnica"**, implicanti la contrattazione con un solo soggetto, cioè l'affidamento senza gara. In buona sostanza, la precisa qualificazione del servizio, a seguito della ricognizione delle pubbliche esigenze, si rivela estremamente importante ai fini della trasparenza e della correttezza dell'azione amministrativa, in quanto si pone come decisivo **discrimen** fra la "regola" della gara pubblica e la sua antitetica "eccezione", rappresentata dalla procedura negoziata. Solo dopo tale "percorso", appare corretta e legittima la procedura negoziata. La stazione appaltante deve illustrare tale intero percorso procedurale, con adeguata ed esauriente motivazione, affinché il suo agire possa essere sottoposto ad un controllo, invero delicato, in quanto si ha a che fare con il risultato di una valutazione di discrezionalità tecnica. È ben evidente che solo la puntuale illustrazione di tale percorso consentirà al giudice di non travalicare i suoi limiti, verificando la plausibilità logica dell'agire complessivo.

A ben vedere, tale percorso, tale procedimento è stato puntualmente seguito, per cui appare ineccepibile la

concreta applicazione della peculiare ipotesi di procedura negoziata senza gara, posta in essere dal Comune di Ugento.