

Procedura negoziata senza gara

“le mutate condizioni del mercato che rendano non remunerativa l'offerta possono legittimare il ritiro dell'operatore dalla gara o, come nel caso di specie, la non accettazione della stipula, ma non supportare la pretesa ad ottenere la commessa a prezzi differenti e senza riapertura di un nuovo dialogo competitivo. Né risultano evocabili gli istituti posti a governo delle sopravvenienze contrattuali che, per l'appunto, riguardano la fase di esecuzione del contratto e le alterazioni che possono generarsi nel corso della durata del negozio, ma non si riferiscono, invece, ad una fase antecedente alla stipula **ove l'eventuale insostenibilità si traduce nella possibilità di non sottoscrivere il contratto**» (TAR Lombardia, sez. II, 10 giugno 2022, n. 1343) e che «l'obbligo di segretezza dell'offerta attiene al contenuto delle offerte e non alla semplice conoscenza dei partecipanti al dialogo» (TAR Lazio, sez. II, 7 febbraio 2020, n. 1710).

“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, sicché la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, conspecifico onere a carico dell'Amministrazione di dimostrarne l'effettiva esistenza. Ne discende come, in caso di forniture e servizi asseritamente caratterizzati da “infungibilità” o “esclusività”, la scelta di ricorrere a detta modalità di affidamento richieda, dunque, una motivazione che sia particolarmente rigorosa e circostanziata nell'individuazione e nella

dimostrazione dei propri presupposti giustificativi che, nel caso di specie, non risulta sia stata affatto fornita dall'Agenzia, non avendone la stessa né in sede di procedimento né in giudizio dimostrato l'effettiva esistenza” (TAR Lazio, sez. II, 3 marzo 2022, n. 2568), cosicché, nel caso di acquisto di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica, questa deve presentare caratteri di novità, originalità e individualità tali da giustificare, appunto, il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando (Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2022, n. 6324). Ne consegue che, in concreto, “la sussistenza dei presupposti per ricorrere all'eccezionale procedura negoziata senza bando, nonché il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa nella scelta dello strumento più idoneo a garantire la continuità del servizio, nei limiti della sua sindacabilità in sede giurisdizionale, devono essere valutati caso per caso, tenendo conto delle modalità e dei tempi di insorgenza del contenzioso giudiziario” (Cons. Stato, 22 novembre 2011 n. 7827).

La giurisprudenza ha, inoltre, precisato che *“l'illegittimità accertata della procedura di affidamento diretto “con procedura negoziata senza bando [...] fuori dai casi consentiti”, non comporta automaticamente la nullità del contratto per mancanza di elementi essenziali; in attuazione della direttiva 2007/66/CE, vengono distinte le vicende della **validità dell'affidamento** da quelle della **validità ed efficacia del contratto**, fino a consentire che, anche nelle ipotesi tassative di gravi violazioni di cui all'**art. 121, comma 1, lett. b), c.p.a.** il contratto possa rimanere in vita, in considerazione di alcuni fattori, rimessi alla valutazione discrezionale del giudice” (Cons. Stato, sez. VI. 13 settembre 2021, n. 6268).*

Rotazione

In caso di deroga al principio di rotazione la giurisprudenza ha chiarito come: *“Nelle gare pubbliche e nello specifico nelle procedure di tipo ristretto o negoziato, l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e, conseguentemente, ove la stazione appaltante intenda procedere all'invito del precedente affidatario e ove questi poi risulti aggiudicatario, la stessa dovrà puntualmente motivare tale decisione in relazione all'eventuale numero ridotto di operatori sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale o al peculiare oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento”* (cfr. C.d.S. VI sez. 4627/20 del 17/7/20).

Con riferimento alla cd. gara ponte si è invece affermato: *“Il precedente affidatario del servizio e gestore uscente non può essere invitato alla gara ponte, svoltasi con procedura negoziata « a inviti », dovendosi rispettare il principio di rotazione come indicato dagli [artt. 36 e 63 del d.lgs. n. 50/2016](#). Il principio in questione trova applicazione anche nelle ipotesi - quale quella in questione - nelle quali l'affidamento immediatamente precedente sia stato conseguito dal gestore uscente a mezzo gara pubblica. In detti casi, è prevalente l'esigenza di perseguire l'effettiva concorrenza e di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, il cui vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento e non invece dalle modalità di affidamento di tipo aperto, ristretto o negoziato”* (cfr. Tar Napoli I sez. 6114/22 del 3/10/22).