

## **La motivazione relativa alla procedura negoziata: obbligo o facoltà?**

### *Premessa*

Nell'ordinamento nazionale l'utilizzo della procedura negoziata competitiva, che – giova rammentare – solo marginalmente coincide con la trattativa privata, ha sinora conosciuto una condizione dualistica: da un lato, una sorta di liberalizzazione per i contratti sotto-soglia, per le concessioni di servizi, e per i settori speciali ed esclusi dal Codice dei contratti pubblici; dall'altro lato, oltre alla consueta tipizzazione dei presupposti applicativi negli appalti ordinari, una atavica renitenza ad usare l'istituto *de quo* per le concessioni di lavori e per gli affidamenti più complessi, quindi proprio dove sarebbe ragionevole aspettarsi una certa interazione fra le parti, per il timore di abusi nella discrezionalità amministrativa e pratiche di malaffare.

Complice la proliferazione di diverse *species* di procedura negoziata (competitiva con bando, competitiva senza bando, non competitiva senza bando, fino al cottimo fiduciario), pertanto non sempre risulta agevole comprendere la concreta esperibilità dell'istituto.

Ne deriva la bivalenza del medesimo, da considerarsi strumento talvolta generale, talaltra eccezionale, proprio per la coesistenza in esso di diversi modelli: basti pensare all'enorme divario che intercorre fra la versione con bando, connotata da ambiti di generale applicazione, e quella senza bando, sempre eccezionale e residuale.

Se per quanto riguarda quest'ultima, infatti, la motivazione deve in ogni caso rappresentare inequivocabilmente le circostanze che hanno indotto la p.a. alla scelta di tale metodo<sup>1</sup>, per la prima l'obbligo di motivazione può rivelarsi ridondante e trasformarsi in un inutile aggravamento del procedimento qualora il diritto positivo acconsenta all'uso generalizzato della procedura negoziata.

Almeno così sembrerebbe *ictu oculi*, ma in realtà esistono profili meritevoli d'analisi.

### **Procedure negoziate e motivazione**

#### **1. La motivazione della procedura negoziata senza bando**

Sul fronte europeo, nella direttiva 2014/24/UE sugli appalti ordinari non compare alcun obbligo preliminare di motivazione, in capo alla p.a., relativamente all'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, mentre detto obbligo sorge in sede di aggiudicazione.

---

<sup>1</sup> Sul punto è da reputarsi tuttora valida la Determinazione AVCP (ora ANAC) n. 2 del 6 aprile 2011: cfr. par. 2.3 sull'obbligo di motivazione.

Il legislatore italiano, consolidando l'assetto previgente, ha invece optato per una maggiore *disclosure in limine*.

Pur confermando pedissequamente il contenuto della direttiva UE, infatti, il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, di riforma del Codice dei contratti pubblici ha ribadito sostanzialmente il disposto dell'art. 57 dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006.

All'art. 63 è previsto che le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, “*dando conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti.*”

Di conseguenza, in relazione agli appalti ordinari il legislatore interno ha fissato *expressis verbis* l'onere di esplicitare le giustificazioni sottese alle procedure negoziate senza bando.

Al contrario, in materia di appalti per i settori speciali, alla stregua di quanto accaduto in passato (vedasi l'art. 221 dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006), il nuovo d.lgs. n. 50/2016 (art. 125) non impone espressamente il suddetto onere procedimentale, ingenerando una lacuna normativa ed ermeneutica.

Allo stesso modo il discorso vale con riferimento alle concessioni, per le quali non è testualmente sancita l'esperibilità né della procedura negoziata senza bando né della relativa motivazione.

Ciò non può sicuramente portare ad escludere *tout court* l'obbligo di motivazione in questi casi, sulla scorta di un atteggiamento tuzioristico che lo limiterebbe alle fattispecie per le quali è la legge ad imporlo, ovvero ai soli appalti ordinari.

Semmai, deve più ragionevolmente svolgersi un ragionamento incentrato sugli istituti – i.e. procedura negoziata senza bando e obbligo di motivazione – al fine di riuscire a comprenderne meglio le *rationes* e le finalità.

La procedura negoziata senza bando di matrice europea, che nel nostro ordinamento ripercorre le orme della trattativa privata e ne costituisce l'odierna promanazione, come ricordato, identifica un procedimento quasi sempre eccezionale ed acconsentito in determinate ipotesi, il quale rappresenta l'*extrema ratio* del sistema di *public procurement*.

L'obbligo di motivazione ha viceversa una precipua funzione di garanzia procedimentale, volta ad assicurare la trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa.

La combinazione delle due componenti fa quindi sì che non si possa immaginare l'esonero dall'obbligo di motivazione ogni volta che si pone in essere una procedura negoziata senza bando: alla p.a., se intende avvalersi dell'istituto in parola, spetta l'onere di esporre le ragioni concrete.

In definitiva, lo strumento della trattativa privata richiede la sussistenza di una particolare e specifica motivazione, quale ad esempio una situazione di estrema urgenza non compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara.

Deve in ogni caso trattarsi di una situazione risultante da eventi imprevedibili per la stazione affidante e caratterizzata dall'infungibilità delle prestazioni richieste e/o dall'effettiva urgenza di provvedere.

La Corte di Giustizia (Grande Sezione), con la sentenza dell'8 aprile 2008 nella causa C-337/05 – *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana* –, si è premurata di precisare che “la procedura negoziata deve essere ritenuta eccezionale e deve essere applicata soltanto in casi elencati in via limitativa” e che “l'onere di dimostrare che sussistono effettivamente le circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intende avvalersene” (ptt. 56 e 58).<sup>2</sup>

La giurisprudenza nazionale<sup>3</sup>, dal canto suo, non ha mai avuto dubbi sulla connotazione straordinaria della procedura negoziata senza bando sia nelle direttive comunitarie che negli atti nazionali di recepimento: è un criterio di selezione dei concorrenti di tipo eccezionale perché la necessità di tutelare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, imparzialità e buon andamento impongono un ricorso residuale alla discrezionalità insita nella procedura negoziata.<sup>4</sup>

Difatti, mentre la gara pubblica, rispettando i principi di trasparenza, efficienza e buon andamento cui le pubbliche amministrazioni devono uniformare il proprio agire, non necessita di

---

<sup>2</sup> Vedasi anche CGUE, 27 ottobre 2005, cause riunite C-187/04 e C-188/04 – *Commissione c. Repubblica italiana* – con nota di Monteferrante L., *Diritto comunitario e ricorso alla trattativa privata: l'Italia è ancora inadempiente*, *Urbanistica e appalti*, 3, 2006, 287-292.

<sup>3</sup> Nel senso indicato si vedano: Consiglio di Stato, sez. V, 18 giugno 2001, n. 3213, 22 luglio 2002, n. 4012 e 7 aprile 2006, n. 1893; Tar Molise, Campobasso, sez. I, 19 luglio 2006, n. 631; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 26 giugno 2007, n. 1104; Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6797; Tar Lazio, Roma, sez. I, 18 febbraio 2009, n. 1656; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 20 febbraio 2009, n. 322; Tar Bologna, sez. I, 31 luglio 2009, n. 1107; Tar Puglia, Lecce, sez. III, 29 gennaio 2010 n. 372; Cons. Stato, sez. V, 21 settembre 2010, n. 7024; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 12 aprile 2010, n. 457; Tar Puglia, Lecce, sez. III, 14 gennaio 2011, n. 63; Tar Liguria, Genova, sez. II, 2 febbraio 2011 n. 191; Cons. Stato, sez. III, 19 aprile 2011, n. 2404; T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 21 luglio 2011, n. 803; Tar Lazio, Roma, sez. I ter, 1 giugno 2012 n. 4997; Cons. Stato, sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26; Tar Veneto, Venezia, sez. I, 14 maggio 2014, n. 633.

<sup>4</sup> È del predetto avviso il Tar Puglia, Lecce, sez. II, nella sentenza n. 173 del 31 gennaio 2009, confermata da Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2012, n. 6256: le disposizioni che consentono il ricorso alla trattativa privata (procedura negoziata) per l'affidamento di appalti pubblici (ed assimilabili: ad es. varianti, atti aggiuntivi ecc.), devono essere interpretate restrittivamente, introducendo ipotesi tassative che costituiscono momento patologico del rapporto contrattuale – risolvendosi in affidamenti diretti senza le garanzie delle procedura competitiva – ed i presupposti applicativi di tale straordinaria procedura devono essere dimostrati in modo rigoroso dalla stazione appaltante e dall'impresa beneficiaria. La portata dell'obbligo di motivazione si declina, coerentemente, nel senso che è la scelta della p.a. di procedere a trattativa che va adeguatamente motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti specifici legali che di volta in volta la giustificano, mentre, qualora l'amministrazione si orienti per la procedura competitiva, non occorre addurre alcuna giustificazione, rientrando ciò nelle normali opzioni che l'ordinamento considera di per sé preferibili, anche quando si verificano in astratto i presupposti per aggiudicare l'affare mediante procedura negoziata.

alcuna giustificazione, la procedura negoziata risulta ipotesi del tutto eccezionale alla quale è possibile – non già doveroso – ricorrere ove sussistano tutti i presupposti previsti dalla legge ed esige una puntuale motivazione in merito alla sussistenza della precisa ipotesi, normativamente prevista, in modo da scongiurare ogni possibilità che l'amministrazione utilizzi situazioni genericamente affermate, come un *commodus discessus* dall'obbligo di esperire una pubblica procedura di selezione.

L'obbligo motivazionale non deve quindi atteggiarsi a mera estrinsecazione di un apparato preconfezionato al solo scopo di giustificare le scelte discrezionalmente operate, ma deve oggettivamente offrire l'indicazione dei pertinenti presupposti legittimanti; e, con essi, della presenza di un nesso di necessaria implicazione causale, tale da imporre il ricorso all'affidamento diretto.

Tale assunto è del resto avvalorato dall'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, il quale, nell'intricata e delicata materia dei contratti sotto soglia, stabilisce che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea avvengono nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica, nonché di rotazione.<sup>5</sup>

In particolare, ferme restando le possibilità di aggregazione della domanda e centralizzazione della committenza e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, per i lavori in amministrazione diretta o per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, è previsto che le stazioni appaltanti procedono all'affidamento mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato: se per un verso ciò vuol dire che nell'ambito delle acquisizioni in economia torna a fare la propria comparsa la trattativa privata pura come tradizionalmente intesa nel nostro ordinamento, per l'altro verso viene cristallizzata la necessità di motivare esaustivamente la scelta di un simile procedimento (nonostante l'avallo legislativo).

Nelle linee guida ANAC (pt. 3.3) si legge che una motivazione adeguata dà dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella delibera a contrarre, della rispondenza di quanto offerto alle esigenze della stazione appaltante, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dal contraente e della convenienza del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione. A tal fine, si ritiene che le stazioni appaltanti, anche per soddisfare gli oneri motivazionali, possano procedere alla valutazione comparativa dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici. In caso di affidamento all'operatore economico

---

<sup>5</sup> Si rinvia alla lettura delle Linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) in materia di procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, redatte ai sensi dell'art. 36, comma 7, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

uscente, è richiesto un onere motivazionale più stringente, in quanto la stazione appaltante motiva la scelta avuto riguardo al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e, si ritiene, anche in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione.

Secondo il parere del Consiglio di Stato sulle linee guida ANAC, la motivazione deve riguardare *in primis* la scelta dell'aggiudicatario, mentre passa in secondo piano la scelta della procedura seguita: "Trattasi, infatti, di un onere motivazionale non previsto dalla legge e che, ove sia configurato come troppo dettagliato, può apparire in contrasto con i valori della semplificazione e della non imposizione di oneri aggiuntivi non utili a carico delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, con possibili ricadute pregiudizievoli che si possono avere dal punto di vista dell'aumento del contenzioso".<sup>6</sup>

Non si può assolutamente condividere l'opinione appena riportata; semmai, è vero il contrario: come si vedrà nel prosieguo, anche la motivazione delle scelte procedurali assume un'importanza decisiva nel contesto delle scelte discrezionali della p.a., dato che proprio queste scelte possono dare adito a controversie e sospetti di malaffare.

Ciò vale *a fortiori* per le altre due fattispecie previste dall'art. 36 del nuovo Codice, dove viene prescritta una gara informale per la procedura negoziata.

Anzitutto, occorre dire che nel sotto soglia l'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016 dispone che i contratti riguardanti lavori di importo pari o superiore a 40.000,00 euro e inferiore a 150.000,00 euro e i contratti relativi a servizi e forniture di importo pari o superiore a 40.000,00 euro e inferiore alle soglie europee possono essere affidati tramite procedura negoziata previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati.

Le attività delineate dalla norma si articolano in due fasi:

- lo svolgimento di indagini di mercato o la consultazione di elenchi per la selezione di operatori economici da invitare al confronto competitivo;

---

<sup>6</sup> Vedasi il parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 30 agosto 2016, n. 1903/2016, pubblicato il 13 settembre 2016, sulle Linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) in materia di procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria.

- il confronto competitivo tra gli operatori economici selezionati e invitati.

A tal fine la stazione appaltante pubblica un avviso sul profilo di committente, indicando almeno il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica/finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici da invitare, le modalità per prender contatto, se interessati, con la stazione appaltante.

In aggiunta, nell'avviso di indagine di mercato la stazione appaltante si può riservare la facoltà di procedere alla selezione dei soggetti da invitare mediante sorteggio.

Nelle linee guida ANAC (pt. 4.2.2), con il plauso del Consiglio di Stato, sta scritto che “La stazione appaltante può invitare, oltre al numero minimo di cinque operatori, anche l'aggiudicatario uscente, dando adeguata motivazione in relazione alla competenza e all'esecuzione a regola d'arte del contratto precedente. Il criterio di rotazione non implica l'impossibilità di invitare un precedente fornitore per affidamenti aventi oggetto distinto o di importo significativamente superiore a quello dell'affidamento precedente”.

Si prevede inoltre che la stazione appaltante possa invitare un numero di operatori maggiore al minimo di legge (i.e. cinque), anche al fine di potersi avvalere dell'istituto dell'esclusione automatica delle offerte anomale di cui all'art. 97, comma 8, del Codice.

La procedura appena delineata si applica parimenti all'art. 36, comma 2, lett. c), del Codice per i contratti di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000,00 euro e inferiore a 1.000.000,00 euro.

Detti contratti possono essere affidati tramite la procedura negoziata di cui all'art. 63 del Codice, con consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

Il Consiglio di Stato non ha mancato di rilevare l'oscurità del richiamo all'art. 63 sulla procedura negoziata senza bando, la finalità del quale può immaginarsi sia soltanto quella di inquadrare il *genus* a cui appartiene la *species* in parola (anche se si sarebbe dovuto richiamare altresì l'art. 125).

Le linee guida ANAC (ptt. 5.3-5.4) puntualizzano invece che “Considerata l'ampiezza del limite di soglia fino a 1.000.000,00 di euro e i rischi insiti (per definizione) nella possibilità di affidare tramite procedura negoziata una porzione ragguardevole dell'intero mercato degli appalti di lavori, appare tanto più necessaria l'individuazione di meccanismi idonei a garantire la trasparenza

della procedura e la parità di trattamento degli operatori economici. Le stazioni appaltanti possono optare per il ricorso a procedure ordinarie che prevedono un maggior grado di trasparenza negli affidamenti. Per affidamenti di importo elevato, superiori a 500.000 euro, la scelta di una procedura negoziata deve essere adeguatamente motivata in relazione alle ragioni di convenienza.”

Deve necessariamente aggiungersi che, oltre alla convenienza della procedura negoziata, la p.a. ha l'onere di illustrare le ragioni sottese alla cd. forcella (numero minimo ed eventualmente massimo di operatori da invitare alla procedura, nonché i criteri per procedere alla selezione dei medesimi o, in alternativa, la selezione dei soggetti mediante sorteggio), all'invito dell'aggiudicatario uscente e all'utilizzo dell'esclusione automatica delle offerte anomale.

Sono tutti aspetti che rivestono grande importanza nell'ambito della procedura negoziata, come si vedrà in seguito.

Ulteriore forza ricevono queste considerazioni dal fatto che negli avvisi relativi ai contratti aggiudicati, nel caso di procedura negoziata senza previa pubblicazione, è necessario indicare la motivazione del ricorso a tale procedura.

Dato che sono le stesse direttive europee a richiedere tale adempimento, questo ha trovato accoglimento pure nel d.lgs. n. 50/2016 (v. n. 7 dell'allegato XIV D – Parte I – per gli appalti ordinari, n. 5c dell'allegato XIV G – Parte II – per gli appalti speciali<sup>7</sup>, e n. 6 dell'allegato XXIII per le concessioni, che riproducono rispettivamente l'allegato V D alla direttiva 2014/24/UE, l'allegato XII alla direttiva 2014/25/UE e l'allegato VII alla direttiva 2014/23/UE).

La procedura negoziata senza bando si configura pressoché identica per concessioni ed appalti, sia per i settori ordinari che per quelli speciali.

A prescindere dalla commessa di turno, lo scopo della motivazione della negoziata senza bando, sia essa racchiusa in un atto iniziale della procedura o nell'avviso di aggiudicazione, non cambia.

Essendo sprovvista della pubblicità iniziale “a monte”, garantita dal bando, la motivazione della procedura negoziata senza bando finisce per collocarsi più “a valle”, nel primo atto della procedura o nell'avviso di aggiudicazione, in maniera tale da permettere comunque un controllo sull'operato dell'amministrazione.

Del resto, la necessaria motivazione delle ragioni che fondano il ricorso alla procedura negoziata senza bando è da sempre stata sostenuta dalla giurisprudenza, con un *trend* costante per il quale la scelta della trattativa privata per l'assegnazione di un servizio è sindacabile sotto il profilo

---

<sup>7</sup> Deve evidenziarsi la presenza di un refuso all'interno del Codice: il n. 5c dell'allegato XIV G – Parte II – per gli appalti speciali dispone “nel caso di appalti aggiudicati senza previa indizione di gara, indicare la disposizione pertinente dell'articolo 63” quando invece il riferimento deve essere all'art. 125 del d.lgs. n. 50/2016.

del rispetto dei presupposti che legittimano la stazione appaltante ad adottare tale procedura in luogo di quelle più confacenti ai principi comunitari e nazionali di individuazione del contraente privato nei contratti della p.a. (cfr., *ex pluribus*, Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2955 del 13 giugno 2008).

## **2. La motivazione della procedura negoziata competitiva con bando**

In relazione alla versione preceduta da pubblico bando, le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sono silenti sul punto, così come il decreto di riforma del Codice, il d.lgs. n. 50/2016, fatta eccezione per i contratti sotto soglia, non si occupa in dettaglio della questione.

Dal momento che la legge non prescrive un obbligo di motivazione della procedura negoziata, a carico della p.a., nemmeno entro il perimetro degli appalti ordinari (ove l'uso della stessa risulta limitato ed ancorato a premesse che, ancorché più lasche di quelle relative alla negoziata senza bando, non consentono di affermarne la natura di procedura generale e liberamente applicabile: v. art. 59), occorre capire quale rapporto si configura fra motivazione e procedura negoziata con bando.

Non va infatti dimenticato che solamente per gli appalti speciali (art. 123) e per le concessioni (art. 171) la procedura negoziata competitiva assurge a modalità ordinaria di selezione del contraente: perciò soltanto all'interno di questi ambiti è possibile sottrarsi all'obbligo di motivazione.

Per contro, negli appalti ordinari, bisogna riflettere sulla persistenza o no dell'obbligo.

Quanto ai contenuti del bando, da pubblicarsi per l'espletamento della procedura negoziata, fa specie che l'allegato XIV C del Codice dei contratti pubblici, al pari dell'allegato V C alla direttiva 2014/24/UE, contempra come meramente "eventuale" la motivazione del ricorso alla procedura, e solo allorché essa sia accelerata, ponendosi in apparente contrasto con l'art. 3 della legge sul procedimento amministrativo, 7 agosto 1990, n. 241.

A proposito della motivazione, dunque, nel caso della procedura negoziata con bando negli appalti dei settori ordinari, il n. 12 del bando di gara di cui all'allegato XIV C del d.lgs. n. 50/2016 lascia supporre che l'ente si possa anche esimere dallo spiegare perché ne faccia uso; circostanza quest'ultima che, invero, lascia piuttosto perplessi perché di fatto ipotizza che se ne possa fare a meno e, proprio per questa ragione, si suggerisce di non seguire in questo elaborato.

Bisogna precisare che nell'ordinamento italiano la sede designata ad accogliere la motivazione non è il bando, bensì la determinazione a contrarre.

La determinazione a contrarre è l'atto incaricato di esplicitare il percorso da effettuarsi per la scelta del contraente e, pertanto, deve soddisfare i parametri delineati dal menzionato art. 3 della legge n. 241/1990.

L'art. 32 del Codice, rubricato "Fasi delle procedure di affidamento" stabilisce, al II comma, che "Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte", e, al III comma, che "La selezione dei partecipanti avviene mediante uno dei sistemi previsti dal presente codice" (fra i quali rientra la procedura negoziata con o senza bando).

In realtà, però, la norma che delinea il contenuto minimo tipico della determina a contrarre non risiede all'interno del Codice, ma va identificata nell'art. 192 del T.U.E.L. (d.lgs. n. 267 del 2000), rubricato "Determinazioni a contrattare e relative procedure", il quale si preoccupa di precisare che "La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante:

- a) il fine che con il contratto si intende perseguire;
- b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali;
- c) *le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base*" (enfasi aggiunta).

Il comma II dell'art. 192 si limita ad aggiungere che "Si applicano, in ogni caso, le procedure previste dalla normativa della Unione europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano".

Dal combinato disposto degli articoli appena citati si deduce, come anticipato, che è la determina a contrarre, e non il bando, la sede deputata ad accogliere le ragioni che stanno alla base dell'instauranda procedura negoziata con bando (lo stesso vale per quella senza bando).

La motivazione deve quindi essere trasposta nell'atto amministrativo, con i seguenti elementi illustrativi:

- le esigenze dell'amministrazione in ordine ai lavori, servizi, beni da commissionare;
- le ragioni per cui si intende soddisfare le suddette esigenze mediante il ricorso alla procedura negoziata;
- le linee guida (tempi, modi e criteri) adottate per la selezione del contraente.

Si tratta, in sostanza, di una connotazione minimalista delle modalità di esercizio della scelta, soddisfacente proprio la natura di "principio assoluto" della motivazione che viene affermata nella legge sul procedimento amministrativo.

Una diversa interpretazione, assertiva della non necessità di motivazione specifica, verrebbe a confliggere evidentemente non solo con il quadro legislativo generale, ma anche con le interpretazioni che di esso ha dato la giurisprudenza e, soprattutto, con l'obbligo primario dell'amministrazione di esporre quel che fa, come lo fa e perché lo fa.

È quindi giocoforza che, in relazione a ciascuna delle fattispecie da ultimo individuate dagli artt. 36 e 59 (ma anche 63 e 125) del d.lgs. n. 50/2016, risulti attestata la sussistenza dei prescritti presupposti di fatto ed emerga, altresì, il ragionamento che ha indotto l'amministrazione alla scelta della procedura negoziata.

Al riguardo, infatti, è da considerare illegittimo per difetto di motivazione il provvedimento che si esaurisce in un giudizio apodittico senza congrua indicazione delle sue premesse logico-giuridiche e dell'*iter* argomentativo che ne costituisce lo sviluppo.<sup>8</sup>

La motivazione deve essere espressa per poter giustificare dinanzi agli occhi dei terzi l'opzione esercitata in favore di una procedura che, qualora ne siano predeterminati i confini applicativi, risulta straordinaria ed eccezionale.

La motivazione, pertanto, rappresenta la più evidente garanzia di massima trasparenza per la chiarezza delle scelte della stazione appaltante e dovrà fare sostanzialmente riferimento ad una valutazione costi/benefici, mettendo a confronto i potenziali vantaggi della procedura negoziata rispetto a quelli che potrebbero derivare da una procedura formale di tipo aperto o ristretto.

La situazione muta radicalmente quando la procedura negoziata competitiva assume lo *status* di procedura ordinaria.

Nei settori speciali e nelle concessioni, di fatto, l'equipollenza intercorrente tra la procedura negoziata previa pubblicazione di un bando e le altre procedure generali, aperte e ristrette, implica una rilevante conseguenza pratica, e cioè la non necessità, da parte del soggetto affidante, di motivare specificamente in ordine alle ragioni della scelta della stessa; motivazione che, come appena visto, appare invece necessaria e corposa per la procedura negoziata previo bando (e, a maggior ragione, senza bando) negli appalti ordinari di lavori, servizi e forniture, sopra e sotto la soglia di rilevanza comunitaria, dove tale procedura è ammessa solo in casi tassativi.

Di conseguenza, deve evincersi che la motivazione della procedura negoziata rappresenta per gli enti aggiudicatori al contempo un obbligo ineludibile ed una semplice facoltà.

Nel caso in cui la procedura negoziata previo bando risulti caratterizzata da eccezionale e tassativa applicazione non si può che affermare l'obbligo di motivare a fondo il ricorso a tale sistema di scelta del contraente, mentre nel caso in cui essa sia strumento di generale esperibilità,

---

<sup>8</sup> In tal senso è Consiglio di Stato, sez. VI, 6 novembre 1997, n. 1608.

tenute in considerazione le regole destinate alle altre procedure ordinarie – i.e. aperte e ristrette – non occorre (ma è consentito) esplicitare minuziosamente le ragioni del suo utilizzo.

Com'è risaputo, la motivazione del provvedimento amministrativo è composta di due distinti elementi: la giustificazione (enunciazione dei presupposti di fatto e di diritto dell'atto) e la motivazione *stricto sensu* (indicazione delle ragioni della scelta operata). Mentre la prima costituisce dichiarazione di scienza del contesto specifico in cui la p.a. si trova ad operare, la seconda manifesta la volontà propria dell'ente. In relazione sia alla giustificazione, che descrive la situazione del caso concreto, sia alla motivazione in senso stretto, che implica valutazione e ponderazione di una pluralità di possibili soluzioni, per la negoziata competitiva deve ravvisarsi, da parte dell'ente aggiudicatore, la facoltà di sintesi, in analogia alle procedure aperte e ristrette.

Tali ultime indicazioni valgono in relazione ad ogni tipo di contratto (appalti, concessioni, *project finance*, società miste, partenariato pubblico-privato), a prescindere dall'inclusione o meno nel Codice dei contratti pubblici.

#### *Osservazioni conclusive*

La motivazione si delinea, in ogni caso, come passaggio di primaria importanza per l'esplicitazione delle scelte dell'amministrazione in una prospettiva di massima accessibilità e trasparenza nei confronti di tutti i soggetti che lo richiedano, abilitati dalla legge ad avere accesso agli atti relativi all'esperimento della procedura negoziata.

Si determina, insomma, una strettissima relazione fra la motivazione e i differenti controlli esercitabili sulla procedura negoziata, siano essi legittimistici, operativi o diffusi.<sup>9</sup>

D'altronde, il principio di trasparenza è uno dei principi generali, riconducibili direttamente ai principi fondamentali di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione sanciti dall'art. 97 della Costituzione, ai quali ciascuna amministrazione pubblica deve informare il proprio operato, tanto che l'art. 30 del Codice prevede espressamente il principio di trasparenza tra i principi generali da rispettare inderogabilmente nell'affidamento degli appalti e delle concessioni di opere e lavori pubblici, servizi e forniture pubbliche.

In detto ambito, il principio di trasparenza comporta l'obbligo, a carico delle amministrazioni precedenti, di consentire ai concorrenti il pieno ed effettivo controllo dell'espletamento della gara ed è posto a tutela di quell'interesse pubblico fondamentale consistente e nel buon andamento della pubblica amministrazione e nella correlata possibilità, riconosciuta ai soggetti specificamente legittimati dall'ordinamento, di verificare in concreto lo svolgimento dell'attività amministrativa.

---

<sup>9</sup> V. Consiglio di Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2803, e sez. VI, 13 giugno 2008, n. 2955.

Al riguardo giova rammentare che il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, ha recentemente ampliato gli obblighi di pubblicità e trasparenza fino a riconoscere, all'art. 5, un diritto d'accesso civico comportante il diritto di chiunque di richiedere documenti, informazioni o dati, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione.

È importante mettere in evidenza che la trasparenza è intesa come accessibilità totale alle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controlli sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

Le informazioni, i documenti ed i dati da pubblicare ai sensi della normativa vigente sono collocati nella *home page* dei siti istituzionali degli enti, in un'apposita sezione denominata "Amministrazione trasparente", a sua volta organizzata in sotto-sezioni.

Nella sotto-sezione "Bandi di gara e contratti" devono essere pubblicate le informazioni relative alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, con la puntualizzazione che nei casi di procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara deve essere pubblicato il provvedimento a contrattare (cfr. art. 37, commi 1-2, d.lgs. n. 33/2013).

Il che induce ad una serie di riflessioni.

Se è vero che è proprio la determinazione a contrarre l'atto che contiene la motivazione relativa all'uso delle procedure negoziate, alla luce di quanto esposto, deve dedursi che la pubblicazione concerne non solo quella senza bando, ma anche quella con bando per gli appalti ordinari.

Come più volte ripetuto, invero, per tutte le procedure negoziate "eccezionali" – per così dire – la motivazione dev'essere contenuta nella determina a contrarre, mentre solamente per quelle senza bando è prevista altresì nell'avviso di aggiudicazione.

È in tali documenti che prende corpo il dovere motivazionale a carico della p.a. ogniqualvolta decide di avviare una procedura negoziata che la legge vincola a casi tipici.

La tipizzazione delle condizioni alle quali è ammessa la procedura negoziata fa sorgere in capo all'amministrazione procedente l'obbligo di motivare adeguatamente la propria scelta di utilizzare uno strumento eccezionale, pubblicando la determina a contrattare sul sito istituzionale.

Ciò vale ugualmente per le procedure negoziate con bando negli appalti ordinari e per quelle senza bando, mentre solo quest'ultime, secondo le direttive europee e il Codice che le ha recepite, necessitano di motivazione anche nell'avviso sui risultati dell'aggiudicazione.

Il diritto sovranazionale, non conoscendo la regolamentazione italiana sulla trasparenza e sull'ordinamento degli enti locali, si è premurato di corredare la trattativa privata di una motivazione postuma che controbilanci la mancanza del bando iniziale.

Ovviamente, si tratta di un giusto rimedio, che però in Italia diviene un doppione di quanto racchiuso nella determina a contrarre: poco male, dato che viene rafforzata la tutela dei terzi controinteressati (ma potrebbero sorgere dubbi sui termini d'impugnazione, in particolare per quel che riguarda il *dies a quo*).

Per converso, le altre procedure negoziate competitive non abbisognano di una vera e propria motivazione, godendo di una pacifica e libera esperibilità.

Cionondimeno, va considerato che la procedura negoziata dà il suo meglio in contesti specifici, quali possono essere i contratti più complessi (dove occorre una certa interazione con le controparti) o nei settori d'innovazione tecnologica (soggetti a rapidi cambiamenti e ad obsolescenza), assicurando la possibilità di ottenere il miglior risultato finale.

Per addivenire a tale soluzione, tuttavia, è necessario impostare la procedura competitiva con negoziazione attraverso gli schemi forniti dalla legislazione: ammissione o divieto di varianti; motivazione del ricorso alla procedura accelerata; asta elettronica; facoltà di ridurre il numero di candidati (numero minimo, eventualmente massimo, e criteri oggettivi per la scelta dei candidati); possibilità di aggiudicazione sulla base delle offerte iniziali senza negoziazione; ricorso a una procedura che si svolge in più fasi successive, al fine di ridurre gradualmente il numero di soluzioni da discutere o di offerte da negoziare; condizioni particolari cui è sottoposta l'esecuzione.

Adottando l'interpretazione letterale della normativa, la motivazione dovrebbe limitarsi all'eventuale ricorso alla procedura accelerata, ma ciò pare assolutamente riduttivo nei confronti delle altre opzioni di cui dispone l'amministrazione procedente.

Privilegiare un atteggiamento tuzioristico in questi frangenti significherebbe di fatto lasciare alla p.a. la possibilità di configurare la procedura negoziata *sua sponte* e *ad libitum*, a propria discrezione e piacimento, senza nemmeno dover giustificare le ragioni sottese alle scelte operative.

Si tratterebbe di un manifesta contraddizione rispetto all'enfasi riposta sulla trasparenza.

Ciò risulta tanto più vero nella materia delle concessioni, dal momento che l'art. 166 del d.lgs. n. 50/2016, in ossequio al principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, sancisce che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla Parte III del Codice. Essi sono liberi di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei

servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici.

Discorso analogo, forse ancor più pregno di ricadute pratiche, inerisce alle procedure negoziate senza bando in generale – giacché l'art. 63, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, richiamato anche dall'123 per i settori speciali e applicabile pure alle concessioni in forza dell'art. 164, prescrive che le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei – e a quelle sotto soglia in particolare – dove l'art. 36, sulla falsa riga dell'art. 63, richiede il rispetto dei principi di cui all'art. 30, comma 1, del Codice, nonché del principio di rotazione e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

Se l'obbligo di motivazione può essere attenuato per affidamenti di modico valore, ad esempio inferiori a 1000 euro, per gli affidamenti di importo superiore a 500.000 euro la scelta di una procedura negoziata deve essere adeguatamente motivata in relazione alle ragioni di convenienza.

Ed infatti s'è visto che le linee guida ANAC per i contratti sotto soglia hanno precisato che, anche alla luce del limite di soglia fino a 1.000.000,00 di euro, occorrono meccanismi idonei a garantire la trasparenza della procedura negoziata e la parità di trattamento degli operatori economici.

Al riguardo viene imposto alla p.a. l'obbligo di chiarire le ragioni sottese all'uso della forcella, all'invito dell'aggiudicatario uscente e all'utilizzo dell'esclusione automatica delle offerte anomale.

Non è chi non veda come l'effettiva attuazione della procedura negoziata passi inevitabilmente per le concrete modalità di svolgimento della medesima.

Come anticipato, ci si trova così in disaccordo col menzionato parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 30 agosto 2016, n. 1903/2016, pubblicato il 13 settembre 2016, sulle Linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) in materia di procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, dove si sostiene a più riprese che “il principio generale di motivazione, come criterio di orientamento rispondente ai canoni generali esistenti a livello di sistema dei pubblici affidamenti” assume valenza “con riguardo alla fase dell'affidamento e quindi dell'individuazione

dell'aggiudicatario e non tanto, dunque, rispetto alla fase a monte della scelta della procedura (semplificata od ordinaria).”

Ad avviso di chi scrive, conclusivamente, la motivazione relativa alle procedure negoziate, se può rappresentare una mera facoltà quando la procedura è liberamente utilizzabile e non vincolata da casi tipizzati, diventa invece un obbligo ineludibile non solo in relazione agli anzidetti casi tipizzati, ma anche e soprattutto con riferimento alle scadenze procedurali stabilite dall'amministrazione, le quali possono condizionare profondamente l'esito della competizione.

MARCO CERUTI è Avvocato e Dottore di ricerca in Storia e Dottrina delle Istituzioni presso l'Università degli Studi dell'Insubria, sede di Como. Collabora con l'Osservatorio sul diritto degli appalti pubblici dell'Università di Trento in qualità di membro del comitato di redazione.