

## **Lo svolgimento della procedura di scelta del contraente non comporta l'obbligo di concludere in ogni caso il contratto se questo non è più considerato rispondente all'interesse pubblico**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Poiché in materia di gare d'appalto la partecipazione dei soggetti interessati al relativo procedimento è garantita con la pubblicazione dell'avviso di gara, con il quale - tra l'altro - viene delineato lo svolgimento dell'iter procedimentale che si conclude con la stipula del contratto e comprende l'eventuale fase di diniego di aggiudicazione definitiva, nel caso - per l'appunto - di diniego di aggiudicazione non occorre l'inoltro all'aggiudicatario provvisorio (e, dunque, a fortiori, a chi neppure è aggiudicatario provvisorio) di una specifica comunicazione di avvio di un - insussistente - procedimento di revoca dell'aggiudicazione stessa

Il Tar Veneto, Venezia con la sentenza numero 2278 del 5 luglio 2007 ci insegna che:

<è legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante determina di non pervenire all'aggiudicazione definitiva di un appalto per la fornitura di servizi, sul presupposto del venir meno dell'interesse pubblico all'espletamento del medesimo servizio e nell'esercizio della facoltà, prevista nel bando, di interrompere la procedura di gara in qualsiasi momento, senza che occorra un'espressa valutazione dell'interesse, non ancora consolidato, del vincitore della gara ed aggiudicatario provvisorio (e, sempre a fortiori, di chi pur collocatosi in prima posizione della graduatoria di merito già formata dalla Commissione giudicatrice della gara, comunque non è stato ancora dichiarato vincitore della gara medesima e/o aggiudicatario provvisorio).>

nella particolare fattispecie sottoposta ai giudici veneziani inoltre:

< Nel caso di specie, va - invero - anche evidenziato che la facoltà di non aggiudicare la gara risulta, di per sé, formalmente correlata all'enunciazione di una facoltà esercitabile al riguardo da parte della stazione appaltante in via "insindacabile"; ed, in effetti, "la clausola del bando con cui l'amministrazione si riserva la facoltà - per l'appunto - "insindacabile" di non procedere all'aggiudicazione, senza l'obbligo di renderne note le ragioni, deve ritenersi non conforme a legge perché in contrasto con il principio dell'obbligatorietà della motivazione, oltre che con quelli di legalità, imparzialità e buona amministrazione che non consentono l'esercizio di un potere arbitrario"

Allo stesso tempo, tuttavia, "l'insorgenza di specifiche ragioni di interesse pubblico abilitano la stazione appaltante a negare l'aggiudicazione definitiva quando questa si ponga in contrasto con sopravvenute esigenze dell'ente e possono anche consentire l'annullamento o la revoca della già disposta aggiudicazione: e, conseguentemente, l'amministrazione ha la facoltà di stipulare o meno il contratto con la ditta risultata provvisoriamente aggiudicataria, purché ottemperi all'obbligo di congrua motivazione che illustri la corretta ed esauriente ponderazione degli interessi coinvolti">

A cura di \*\*\*\*\*

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima Sezione, con l'intervento dei magistrati:

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso R.G. 1177/2005, proposto dall'Associazione temporanea di imprese DITTA ALFA S.r.l. e DITTA ALFA BISn Impianti S.r.l.

in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore,  
rappresentati e difesi dall'Avv. \*\*\*\*\*, dall'Avv. \*\*\*\*\* e dall'Avv. \*\*\*\*\*,  
con elezione di domicilio presso lo studio di quest'ultimo in Venezia, \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* n. 1385,

contro

l'Aeroporto di Venezia - \*\*\*\*\* (SAVE) in persona del suo legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. \*\*\*\*\* e dall'Avv. \*\*\*\*\* , con elezione di domicilio presso lo studio di quest'ultimo in Venezia-Mestre, Via Felice Cavallotti n. 22,

e nei confronti

di SAVE Engineering S.p.a., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, non costituitasi in giudizio,

per l'annullamento

del provvedimento del Direttore Generale della SAVE S.p.a. in data 17 marzo 2005 Prot. n. 69/DG/MS/P"/eb con il quale si comunicava alla parte ricorrente di non procedere all'aggiudicazione del contratto di appalto di lavori a corpo per la realizzazione del percorso pedonale assistito Moving Walkway protetto e climatizzato, tra l'area della darsena ed il nuovo terminale passeggeri dell'aeroporto \*\*\*\*\* di Tessera Venezia; nonché di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente; nonché, quanto ai motivi aggiunti, per l'annullamento parziale del verbale della graduatoria della Commissione consultiva appalti della società Aeroporto di Venezia \*\*\*\*\* (SAVE) in data 24 gennaio 2005 e della delibera del Consiglio di amministrazione della società Aeroporto \*\*\*\*\* in data 28.2.2005; nonché di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente; e

per la condanna

dell'Aeroporto di Venezia - \*\*\*\*\*  
(\*\*\*\*) al risarcimento del danno conseguente ai provvedimenti impugnati.

visto il ricorso, notificato il 13 maggio 2005 e depositato presso la segreteria il 27 maggio 2005 con i relativi allegati;

visti i motivi aggiunti di ricorso notificati il 30 giugno 2005 e depositati presso al Segreteria in data 1 luglio 2005;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Aeroporto di Venezia - \*\*\*\*\* spa (SAVE);

visti gli atti tutti della causa;

uditi alla pubblica udienza del 15 marzo 2007 (relatore il Consigliere \*\*\*\*\*) l'Avv.: \*\*\*\*\* e l'Avv. \*\*\*\*\* per la parte ricorrente, nonché l'Avv. \*\*\*\* in sostituzione dell'Avv. \*\*\*\*\*, e l'Avv. \*\*\*\*\* per l'Aeroporto di Venezia \*\*\*\*\*;

ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

## FATTO E DIRITTO

### 1.1. La ricorrente, DITTA ALFA

- Manutenzione Varia S.r.l., espone di operare nell'ambito delle costruzioni edili con capitale sociale versato pari ad € 1.068.152,00.- e con un volume di affari nell'esercizio 2004 pari ad e 9.172.345,00.-

Più esattamente, la medesima DITTA ALFA

afferma che il proprio oggetto sociale si identifica nell'installazione e nella manutenzione di impianti industriali e petrolchimici, nelle costruzioni mediante assemblaggio in genere, nonché nei lavori edili e civili di edilizia industriale.

La parimenti ricorrente DITTA ALFA BISn Impianti S.r.l. espone, a sua volta, di avere un capitale sociale pari ad € 98.700.00.- e un volume di affari nell'esercizio 2004 pari ad € 8.310.716,00.-, nonché di realizzare costruzioni e installazioni di impianti e quadri elettrici civili e industriali, ed anche di impianti termici e di condizionamento, curandone - altresì - la manutenzione.

Entrambe tali \*\*\*\*\*à, titolari del competente attestato SOA - rispettivamente, con codice di qualità n.

28520 e n. 45310 e ad esse rilasciato in relazione al proprio possesso dei requisiti di ordine generale e di carattere particolare contemplati dal D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 e succ. modd. e intt. -  
hanno partecipato alla gara indetta dalla SAVE S.p.a per la realizzazione mediante lavori a corpo, all'interno dell'Aeroporto \*\*\*\*\* di Venezia-Tessera, di un percorso pedonale c.d. Moving Walkway assistito e climatizzato tra l'area della darsena ed il nuovo terminal passeggeri.

Nel relativo bando di gara, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 10 marzo 2004, sono state indicate le modalità di partecipazione alla gara, l'importo a base pari ad € 8.522.066,43.- e comprensivo degli oneri di sicurezza, la specificazione degli altri oneri, nonché il sistema di aggiudicazione prescelto, ossia - nella specie - quello del prezzo più basso (cfr. doc.ti 8, 9, 10 e 11 di parte ricorrente).

Le ricorrenti, costitutesi a tal fine in associazione temporanea di impresa, affermano di essere risultate vincitrici della gara mediante un'offerta in ribasso del 26,593% (cfr. ibidem, doc. 13).

Peraltro, con nota Prot. n. 69/DG/MS/P2/eb dd. 17 marzo 2005, il Direttore Generale di \*\*\*\* ha ad esse comunicato che la stazione appaltante si era determinata nel senso "di non dare ulteriore corso" alla "procedura ... relativa alla gara d'appalto" indetta per l'anzidetta "realizzazione del percorso pedonale assistito Moving Walkway tra l'area della darsena e il nuovo terminal passeggeri dell'Aeroporto \*\*\*\*\* di Tessera - Venezia" : e "ciò al fine di unificare una serie di ulteriori interventi ed opere il cui separato e distinto affidamento avrebbe potuto comportare problematiche esecutive e di responsabilità, oltre che aggravati procedurali e di costi".

1.2. Con il ricorso in epigrafe DITTA ALFA  
e DITTA ALFA BISn chiedono, pertanto, l'annullamento di tale provvedimento e di ogni altro atto

presupposto e conseguente, e deducono al riguardo il difetto di legittimazione a provvedere da parte del Direttore Generale di \*\*\*\*, l'avvenuta violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 8 della L. 7 agosto 1990 n. 241, l'avvenuta violazione del principio della continuità del procedimento di scelta del contraente discendente dall'art. 89 e ss. del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, nonché sviamento ed eccesso di potere per carenza, incongruità e contrarietà della motivazione.

Le ricorrenti chiedono, altresì, la condanna di \*\*\*\* al risarcimento del danno discendente dal provvedimento impugnato.

2. Si è costituita in giudizio SAVE, eccependo in via preliminare l'omessa impugnazione in termini dell'art. 13 del bando di gara laddove dispone, all'ultimo suo comma, che "la stazione appaltante si riserva la facoltà, a suo insindacabile giudizio, di non procedere all'aggiudicazione definitiva e/o alla successiva sottoscrizione del contratto", ma replicando comunque alle censure avversarie e concludendo per la reiezione del ricorso.

3. Non si è, viceversa, costituita in giudizio la pur intimata SAVE Engineering S.p.a.

4. Le ricorrenti, a loro volta, in relazione all'avvenuto deposito agli atti di causa da parte di \*\*\*\*, di copia del processo verbale della graduatoria dd. 24 gennaio 2005 della Commissione consultiva appalti della medesima \*\*\*\*\*, nonché di copia della deliberazione assunta al riguardo dal Consiglio di Amministrazione della stessa \*\*\*\*, hanno notificato motivi aggiunti di ricorso avverso tali ulteriori atti, deducendo al riguardo l'avvenuta violazione dell'art. 3 della L. 7 agosto 1990 n. 241 come modificato dalla L. 11 febbraio 2005 n. 15, l'avvenuta violazione dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 (CEE), nonché eccesso di potere per carenza, incongruità e contrarietà della motivazione.



Giova sin d'ora rilevare che nell'anzidetto processo verbale della Commissione consultiva appalti di \*\*\*\* si legge, per quanto qui segnatamente interessa, che "i componenti ... ing. \*\*\*\*\* ... dott. \*\*\*\*\* ... dott. \*\*\*\*\* ... ing. \*\*\*\*\* ... dott. \*\*\*\*\* ... dichiarano di intervenire al presente atto quali componenti della Commissione consultiva appalti della Società Aeroporto di Venezia \*\*\*\*\* (SAVE) ... e innanzitutto premettono ... che la Stazione Appaltante si riserva la facoltà, a suo insindacabile giudizio, di non procedere all'aggiudicazione definitiva e/o alla successiva sottoscrizione del contratto ..." (cfr. ivi, pagg. 1 e 3).

Nel susseguente processo verbale del Consiglio di Amministrazione di \*\*\*\* dd. 28 febbraio 2005 si legge invece - e sempre per quanto qui segnatamente interessa - quanto segue: "8. Appalto People Mover: esito gara e decisioni conseguenti. Il Presidente, con riferimento all'appalto di lavori a corpo per l'esecuzione e la realizzazione del percorso pedonale assistito "Moving Walkway" protetto e climatizzato, informa che il giorno 24 gennaio 2005, data di scadenza della presentazione delle offerte, si è riunita la Commissione, in seduta pubblica, per l'apertura delle buste contenenti la documentazione e le offerte stesse. Fa presente che la Commissione, passate al vaglio le offerte economiche, tra i partecipanti ammessi a concorrere, ben due imprese hanno presentato offerte con un ribasso molto al di sopra della soglia di anomalia per legge (art. 21, comma 1-bis della L. 11 febbraio 1994 n. 109) e per disciplinare di gara (art. 13), l'ente appaltante deve procedere alla verifica delle suddette offerte "anomale". Come illustrato nella relazione dell'ing. Poli (in atti SAVE), di cui da lettura, qualora si procedesse alla verifica delle suddette offerte anormalmente basse, la Commissione dovrebbe richiedere alle imprese di cui sopra le motivazioni a giustificazione dei prezzi proposti e ritenuti non congrui. Le repliche fornite dalle imprese interpellate sarebbero rimesse alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, posto che non sussiste alcun criterio oggettivo cui attenersi in casi simili. In conseguenza di ciò, appare alquanto probabile il rischio di apertura di contenziosi in merito. Evidenzia, altresì, il fatto che l'appalto dei lavori nel loro complesso è stato originariamente previsto mediante due bandi distinti: uno per le opere infrastrutturali e uno per la parte meccanica. Tale modalità procedurale, ad un esame più approfondito, si reputa innanzi al rischio di contenziosi in merito all'esecuzione di eventuali varianti che si rendessero necessarie per la sovrapposizione e l'interfaccia dei lavori eseguiti da due diversi appaltatori, con anche tutte le inerenti riserve da discutere. Tenuto conto di quanto evidenziato sopra e dopo attenta valutazione condotta con l'ausilio di avvocati esterni, l'ente appaltante ha reputato che, in ottemperanza della legislazione in materia e dei contenuti della legge speciale dell'appalto (disciplinare di gara), debba ritenersi legittima la scelta di non procedere all'aggiudicazione da parte dell'ente appaltante, posta anche l'esistenza dell'articolo 13 del bando di gara, espressamente accettato dai concorrenti, che così recita nella sua

ultima parte: “La Stazione Appaltante si riserva la facoltà a suo insindacabile giudizio di non procedere all’aggiudicazione definitiva e/o alla successiva sottoscrizione del contratto”. Inoltre, fa presente che l’affidamento dei lavori ad un unico esecutore comporterebbe sicuramente anche un risparmio di costi per l’ente appaltante. Alla luce di tutto quanto sopra esposto, il Presidente propone al Consiglio di autorizzare la non aggiudicazione della gara indetta come sopra, tenendo in considerazione che è intenzione di SAVE di emettere in tempi molto brevi un bando unico per l’affidamento dei lavori nel loro complesso. Il Consiglio, preso atto di quanto sopra, all’unanimità, delibera: di non procedere all’aggiudicazione definitiva della gara “Moving Walkway” e, di conseguenza, di dare mandato al Presidente, e/o a persona da lui delegata, affinché ponga in essere tutti gli atti necessari alla conclusione della procedura corrente; di conferire mandato al Presidente e/o a persona a lui delegata, affinché predisponga un nuovo bando di gara per l’affidamento complessivo dei lavori relativi al progetto “Moving \*\*\*\*\*”, nonché tutti gli atti necessari al completo espletamento del mandato ivi conferito entro e non oltre il 31 luglio 2005”.

5. Con ordinanza n. 561 dd. 6 luglio 2005 la Sezione ha respinto la domanda di sospensione cautelare degli atti impugnati, rilevando che “il ricorso - allo stato, e riservata alla fase di merito la questione della effettiva sussistenza e tempestività dell’impugnazione dell’art. 13 del bando - non appar(iva) sorretto da sufficienti elementi di fumus boni iuris”.

6. Alla pubblica udienza del 15 marzo 2007 - previa produzione di ulteriori memorie delle parti a sostegno delle rispettive tesi - la causa è stata trattenuta per la decisione.

7. Tutto ciò premesso, il Collegio preliminarmente evidenzia che la surriportata clausola di cui al punto 13 del bando di gara, relativa alla facoltà della stazione appaltante “di non procedere all’aggiudicazione definitiva e/o alla successiva sottoscrizione del contratto” deve reputarsi come validamente impugnata dalle ricorrenti, in quanto a pag. 4 dell’atto introduttivo del presente giudizio è esplicitamente affermato che “non è passata inosservata ai ricorrenti la clausola contenuta nel bando di gara (art. 13) secondo cui la stazione appaltante si era riservata la facoltà di non procedere alla aggiudicazione definitiva (doc. 8). Ma tale facoltà, che non è prevista negli schemi dei bandi di gara allegati al D.P.C.M. 10 gennaio 1991 n. 55, può essere esercitata non in modo arbitrario, ma solo se l’aggiudicatario con riserva non presenta la

documentazione che attesti il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa” .

Risulta ben evidente, quindi, che la contestazione sulla clausola di cui trattasi è stata puntualmente svolta da DITTA ALFA e da DITTA ALFA BISn sin dalla notificazione del ricorso in epigrafe; né può sostenersi che la clausola medesima sia stata impugnata tardivamente, posto che essa, all’evidenza, non assume una funzione di esclusione dalla partecipazione al procedimento di scelta del contraente: ossia, non è per certo riconducibile all’unica fattispecie che, allo stato, legittima la proposizione del ricorso avverso alla lex specialis della gara prima della sua conclusione (cfr. sul punto, ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 2003 n. 920).

8.1. Nondimeno, il ricorso in epigrafe e i motivi aggiunti susseguentemente proposti vanno respinti.

8.2. Con il primo ordine di censure le ricorrenti deducono un difetto di legittimazione da parte del Direttore Generale di \*\*\*\* ad emanare nei loro confronti l’atto con il quale è stata significata la volontà della medesima \*\*\*\*\*à aeroportuale di non procedere all’aggiudicazione della gara in questione.

Il Collegio evidenzia, al riguardo, che la successiva produzione documentale della difesa di \*\*\*\* ha reso ben evidente la natura non provvedimentale di tale atto, che di per sé si configura - quindi - come mera comunicazione del contenuto della deliberazione con la quale il Consiglio di Amministrazione di \*\*\*\* si era precedentemente determinato al riguardo: deliberazione che, del resto, le stesse ricorrenti hanno opportunamente qui impugnato mediante motivi aggiunti, a’ sensi dell’art. 21, primo comma, della L. 6 dicembre 1971 n. 1034 come modificato dall’art. 1 della L. 21 luglio 2000 n. 205, a tutela dei propri diritti

ed interessi.

Ad ogni buon conto, comunque, l'atto nella specie firmato dal Direttore Generale di \*\*\*\*, proprio perché finalizzato alla mera esecuzione del precedente deliberato assunto dall'organo di amministrazione della \*\*\*\*\*à, ben poteva essere sottoscritto dal vertice burocratico della \*\*\*\*\*à medesima, in quanto a ciò idoneamente incaricabile dal Presidente su mandato dello stesso Consiglio di Amministrazione (cfr. ivi: "Il Consiglio, all'unanimità ... delibera ... di non procedere all'aggiudicazione definitiva della gara "Moving Walkway" e, di conseguenza, di dare mandato al Presidente, e/o a persona da lui delegata, affinché ponga in essere tutti gli atti necessari alla conclusione della procedura corrente).

8.3. Con un secondo ordine di censure le ricorrenti hanno dedotto l'avvenuta violazione dell'art. 7 e ss. della L. 7 agosto 1990 n. 241, in quanto \*\*\*\* non avrebbe comunicato ai partecipanti alla gara la volontà di non aggiudicare la gara, evitando in tal modo "agli interessati di partecipare al procedimento di annullamento dell'aggiudicazione, onde instaurare il contraddittorio che avrebbe potuto indurre la stazione appaltante a chiudere il procedimento in senso favorevole alle ricorrenti" medesime (cfr. pag. 6 dell'atto introduttivo del presente giudizio).

Anche tale motivo di ricorso risulta infondato, posto che nella specie non è dato di ravvisare un procedimento di annullamento dell'aggiudicazione per la semplice circostanza che quest'ultima, non è stata mai disposta, neppure in via transitoria, dalla stazione appaltante.

Viceversa, \*\*\*\* ha disposto sic et simpliciter di non dare ulteriore corso al procedimento di scelta del contraente e, quindi, di non procedere all'aggiudicazione: e da ciò, quindi, logicamente non discendeva l'esigenza di dare comunicazione alle ricorrenti medesime dell'inizio di un ulteriore procedimento, proprio perchè mai posto in essere dalla stazione appaltante.

Del resto, la giurisprudenza ha già avuto modo di affermare che, poiché in materia di gare d'appalto la partecipazione dei soggetti interessati al relativo procedimento è garantita con la pubblicazione dell'avviso di gara, con il quale - tra l'altro - viene delineato lo svolgimento dell'iter procedimentale che si conclude con la stipula del contratto e comprende l'eventuale fase di diniego di aggiudicazione definitiva, nel caso - per l'appunto - di diniego di aggiudicazione non occorre l'inoltro all'aggiudicatario provvisorio (e, dunque, a fortiori, a chi neppure è aggiudicatario provvisorio) di una specifica comunicazione di avvio di un - insussistente - procedimento di revoca dell'aggiudicazione stessa (T.A.R. Lazio, Sez. III, 1 agosto 2002 n.6873).

Nel medesimo contesto, la medesima giurisprudenza ha pure affermato (cfr. TAR Lazio testè cit.) che è legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante determina di non pervenire all'aggiudicazione definitiva di un appalto per la fornitura di servizi, sul presupposto del venir meno dell'interesse pubblico all'espletamento del medesimo servizio e nell'esercizio della facoltà, prevista nel bando, di interrompere la procedura di gara in qualsiasi momento, senza che occorra un'espressa valutazione dell'interesse, non ancora consolidato, del vincitore della gara ed aggiudicatario provvisorio (e, sempre a fortiori, di chi pur collocatosi in prima posizione della graduatoria di merito già formata dalla Commissione giudicatrice della gara, comunque non è stato ancora dichiarato vincitore della gara medesima e/o aggiudicatario provvisorio).

8.4. Quest'ultima considerazione di fondo consente, pertanto, anche di respingere le censure delle ricorrenti fondate sull'asserita violazione del principio di continuità del procedimento di scelta del contraente che risulta espresso nel "sistema" per effetto dell'art. 89 e ss. del D.P.R. 21 dicembre 1999n. 554 e che sarebbe stato nella specie violato in relazione alla circostanza che \*\*\*\* non avrebbe disposto in data 24 gennaio 2005 l'aggiudicazione al termine delle operazioni svolte dalla propria Commissione consultiva appalti.

Nel caso in esame, infatti, anche a prescindere dalla circostanza che l'aggiudicazione definitiva all'impresa collocatasi per prima in graduatoria risultava preclusa in dipendenza del fatto che la stazione appaltante avrebbe dovuto, comunque, previamente espletare la verifica dell'anomalia dell'offerta, a' sensi e per gli effetti dell'art. 21, comma 1-bis, della L. 11 febbraio 1994 n. 109 (all'epoca vigente), risulta comunque dirimente la sussistenza, nella lex specialis della gara, dell'anzidetta clausola in forza della quale SAVE si riservava "di non procedere all'aggiudicazione definitiva e/o alla successiva sottoscrizione del contratto".

La sostanziale legittimità della clausola stessa trova fondamento nella giurisprudenza che in più occasioni ha già avuto modo di affermare che, in materia di pubbliche gare, lo svolgimento della procedura di scelta del contraente non comporta l'obbligo di concludere in ogni caso il contratto se questo non è più considerato rispondente all'interesse pubblico (cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. V, 5 settembre 2002 n. 4460).

Nel caso di specie, va - invero - anche evidenziato che la facoltà di non aggiudicare la gara risulta, di per sé, formalmente correlata all'enunciazione di una facoltà esercitabile al riguardo da parte della stazione appaltante in via "insindacabile"; ed, in effetti, "la clausola del bando con cui l'amministrazione si riserva la facoltà - per l'appunto - "insindacabile" di non procedere all'aggiudicazione, senza l'obbligo di renderne note le ragioni, deve ritenersi non conforme a legge perché in contrasto con il principio dell'obbligatorietà della motivazione, oltre che con quelli di legalità, imparzialità e buona amministrazione che non consentono l'esercizio di un potere arbitrario" (così, puntualmente, T.A.R. Lombardia, Sez. III, 29 settembre 2004 n. 4197).

Allo stesso tempo, tuttavia, "l'insorgenza di specifiche ragioni di interesse pubblico abilitano la stazione appaltante a negare l'aggiudicazione definitiva quando questa si ponga in contrasto con sopravvenute esigenze dell'ente e possono anche consentire l'annullamento o la revoca della già disposta aggiudicazione: e, conseguentemente, l'amministrazione ha la facoltà di stipulare o meno il contratto con la ditta risultata provvisoriamente aggiudicataria, purché ottemperi all'obbligo di congrua motivazione che illustri la corretta ed esauriente ponderazione degli interessi coinvolti" (cfr. *ibidem*).

Anche nel caso in esame, quindi, l'utilizzo della locuzione "insindacabile", vitiatur sed non vitiat; ossia, il giudice ben può prescindere dalla locuzione medesima se anche la stazione appaltante l'ha di fatto disapplicata esercitando la propria facoltà di non aggiudicare la gara mediante l'esternazione di una congrua motivazione al riguardo: motivazione sulla quale dovrà, pertanto, a sua volta incentrarsi il sindacato giudiziale.

Ciò posto, va rilevato che il Consiglio di Amministrazione di \*\*\*\* si è determinato nel senso di non aggiudicare la gara avuto riguardo - come si è visto innanzi - a due ordini di motivazioni: il pericolo dell'insorgere di contenziosi in sede di verifica dell'anomalia delle offerte e la constatazione "che l'appalto dei lavori nel loro complesso" era "stato originariamente previsto mediante due bandi distinti: uno per le opere infrastrutturali e uno per la parte meccanica", con conseguente "rischio di contenziosi in merito all'esecuzione di eventuali varianti che si rendessero necessarie per la sovrapposizione e l'interfaccia dei lavori eseguiti da due diversi appaltatori, con anche tutte le inerenti riserve da discutere" e senza sottacere che "l'affidamento dei lavori ad un unico esecutore comporterebbe sicuramente anche un risparmio di costi per l'ente appaltante".

Se, invero, l'assunto relativo al contenzioso potenzialmente innescato dalla verifica dell'anomalia delle offerte appare in effetti del tutto generico, indubbia consistenza assume - per contro - la considerazione dell'opportunità di unificare la gara per le opere infrastrutturali e per la parte meccanica, avuto riguardo sia all'opportunità di interloquire con un unico esecutore delle opere, sia alla non evanescente prospettiva del contenimento dei costi: e l'eshaustività di quest'ultimo ordine di considerazioni motive rende, pertanto, intrinsecamente legittima la determinazione assunta al riguardo dal Consiglio di Amministrazione di \*\*\*\* (cfr. al riguardo, ex multis, Cons. Stato, Sez. IV, 7 aprile 1998 n. 551, secondo il quale, allorquando un atto amministrativo è fondato su una pluralità di elementi motivazionali, l'illegittimità di uno o di alcuni di essi non è sufficiente a determinarne l'annullamento, quando gli altri siano sufficienti a giustificare la decisione amministrativa adottata).

Né le censure dedotte in proposito dalle ricorrenti possono scalfire la legittimità dell'apprezzamento operato in proposito dalla stazione appaltante, avuto riguardo in tal senso sia ai motivi di sviamento, nonché di carenza, incongruità e contraddittorietà della motivazione adottati nell'atto introduttivo del giudizio sotto il profilo dell'eccesso di potere, sia sotto i profili della violazione dell'art. 3 della L. 7 agosto 1990 n. 241 e dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 (CEE) adottati in sede di motivi aggiunti di ricorso.

Risulta, infatti, del tutto assorbente rilevare che la valutazione effettuata dalla stazione appaltante risponde, in proposito, a logiche fondate sul perseguimento del pubblico interesse e che, per contro, le ricorrenti non sono riuscite a comprovare che la medesima stazione appaltante, mediante il ricorso ad un unico appalto e diversamente da quanto da essa affermato, non razionalizzerebbe i propri rapporti con un unico soggetto esecutore delle opere e non conterrebbe la spesa al riguardo necessaria.

Né possono giovare alle medesime ricorrenti le considerazioni da esse svolte nella loro memoria depositata agli atti di causa in data 6 luglio 2005, laddove affermano, sulla scorta dei doc.ti 5 e 6 depositati dalla difesa di \*\*\*\* (rispettivamente recanti la relazione illustrativa del progetto esecutivo per la gara qui in esame e la relazione illustrativa del nuovo progetto esecutivo unificato che \*\*\*\* intenderebbe mettere in gara in luogo del precedente), che tali atti costituirebbero la prova del dedotto eccesso di potere, in quanto essi sono privi di data, sarebbero nella sostanza non differenti tra di loro e, per quanto segnatamente attiene al secondo di tali progetti, comproverebbero l'avvenuta inserzione "in un ambiente prevalentemente strutturale" di opere accessorie e specialistiche (ascensori, tappeti e scale mobili) non comportanti il rilascio di titoli edilizi ma tali, comunque, da indurre un asserito effetto distorsivo della concorrenza con specifico riferimento alla loro impresa costruttrice.

Va, infatti, per contro evidenziato che la carenza di data non può rivestire rilievo in proposito, posto che l'assunto delle ricorrenti è per certo inconferente per quanto segnatamente attiene alla gara per cui è causa, nel mentre la mancanza di riferimenti cronologici certi non può inficiare la validità di una documentazione che, comunque, inerisce ad un procedimento di



scelta del concorrente non ancora bandito in quanto ancora in via di predisposizione; né - anche a prescindere dalla stessa, intrinseca inammissibilità dell'argomento addotto, in quanto non formalizzato quale specifico motivo di ricorso - è dato di vedere quale distorsione della concorrenza possa rinvenirsi nella prevista realizzazione di ulteriori opere in una futura gara che si deve - allo stato - ragionevolmente presumere come aperta alla generalità degli operatori del settore.

9. Va aggiunta, a questo punto, un'ulteriore e quanto mai opportuna considerazione.

Soltanto in sede di trattazione orale della causa la difesa delle ricorrenti ha dimostrato di averne intuito l'essenza, allorché, nell'insistere per l'accoglimento - in dipendenza dell'asserita invalidità degli atti impugnati - della propria domanda di risarcimento del danno (quantificato, in via manifestamente apodittica, in € 32.000,00.- oltre al 10% dell'importo lordo dell'importo assunto a base della gara per asserita perdita di chance e per opere non eseguite, con richiamo analogico a quanto disposto dall'art. 345 della L. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E), ha in subordine chiesto che il proprio danno venga liquidato a' sensi dell'art. 21-quinquies della L. 241 del 1990, come aggiunto dall'art. 14 della L. 11 febbraio 2005 n. 15.

Tale mutatio libelli risulta per certo inammissibile, in quanto la relativa domanda non risulta proposta mediante atto notificato alla controparte e depositato agli atti di causa: senza sottacere, poi, che il ristoro patrimoniale da ultimo irritualmente chiesto dalle ricorrenti fuoriesce comunque dalla connotazione propria del risarcimento di un danno ingiusto per assumere la valenza di un ristoro patrimoniale discendente dalla legittima adozione di un atto di revoca e, quindi, di per sé incompatibile con la contestuale proposizione di una domanda di annullamento dell'atto medesimo.

Nondimeno, peraltro, ad avviso del Collegio, le ricorrenti ben potrebbero valutare i presupposti per proporre in via autonoma la domanda giudiziale di indennizzo di cui all'anzidetto art. 21-quinquies della L. 241 del 1990, posto che, a' sensi del generale principio enunciato dall'art. 2, comma 1, della medesima L. 241 del 1990, "ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso", e posto che la determinazione di non aggiudicare una gara e di bandirne in sua vece altra sostanza una revoca, sia pure implicita, del bando di gara precedentemente emesso e - per l'appunto - non seguito dall'aggiudicazione ma sostituito nei suoi effetti dall'emanazione di altra *lex specialis* di scelta del contraente.

9. Anche in relazione a tale ultima notazione, pertanto, il Collegio compensa integralmente tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, I sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe lo respinge.

Compensa integralmente tra le parti le spese e competenze del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Venezia, nella camera di consiglio del 15 marzo 2007.

Il Presidente

L'Estensore

Il Segretario

SENTENZA DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....n.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Direttore della Prima Sezione

T.A.R. per il Veneto - I Sezione

n.r.g. 1177/05

<https://www.diritto.it/lo-svolgimento-della-procedura-di-scelta-del-contradente-non-comporta-l-obbligo-di-concludere-in-ogni-caso-il-contratto-se-questo-non-e-piu-considerato-rispondente-all-interesse-pubblico/>