

Anche per il Consiglio di Stato (dopo il giudice di primo grado: cfr Tar Veneto, Venezia con la sentenza numero 2278 del 5 luglio 2007) merita condivisione l'orientamento giurisprudenziale, cui ha inteso uniformarsi il giudice di primo grado, secondo cui

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Non appare infatti irragionevole che la stazione appaltante, melius re perpensa, si sia determinata per l'affidamento ad un unico contraente delle distinte opere infrastrutturali e meccaniche, dato che tale soluzione tecnica, oltre che probabili risparmi di spesa, comporta certamente un più efficiente e razionale perfezionamento delle opere, attesa la presenza sul cantiere di un unico soggetto affidatario, responsabile del compiuto svolgimento delle opere da integrare tra loro.

La soluzione non muta nelle ipotesi in cui - come appunto nella specie - il criterio di selezione della offerta prescelto dalla stazione appaltante è quello del massimo ribasso, dato che l'autovincolo che l'amministrazione si impone - a mezzo della adozione del richiamato criterio selettivo - nella individuazione della migliore offerta, tra quelle ritualmente prodotte ed ammesse al procedimento selettivo, non equivale certo a rinuncia allo ius poenitendi, quando sopravvenute ragioni di interesse pubblico impongano o rendano soltanto più opportuno il ritiro degli atti precedentemente posti in essere. Opinare in senso diverso equivarrebbe a postergare inammissibilmente l'interesse pubblico all'interesse privato, il quale invece soltanto in congiunzione al primo può trovare soddisfazione nei rapporti di diritto amministrativo, quale che sia il livello di consistenza dallo stesso raggiunto in relazione al progredire del procedimento che lo riguarda, e salvi in ogni caso i profili di protezione indennitaria che l'ordinamento gli riconosce, nelle ipotesi in cui si imponga il suo non illegittimo sacrificio.

E' impugnata la sentenza del Tar Veneto che ha respinto l'originario ricorso proposto dalle ricorrenti per l'annullamento del provvedimento del 17 marzo 2005 col quale il Direttore generale della società Aeroporto di Venezia -**** spa comunicava alla ricorrente di non voler dar corso alla finalizzazione della procedura di gara, di cui esse ricorrenti erano risultate vincitrici in associazione temporanea, bandita dalla predetta società aeroportuale per l'affidamento nell'ambito dello scalo veneziano di opere civili,

elettriche e meccaniche nonché per la realizzazione di un percorso pedonale assistito e climatizzato (c.d. moving walkaway) tra l'area della darsena ed il nuovo terminal passeggeri. A formare oggetto della impugnativa di primo grado - a mezzo di motivi aggiunti - era altresì, in parte qua, il verbale della graduatoria della Commissione consultiva appalti dell'aeroporto veneziano del 24 gennaio 2005 nonché la delibera del Consiglio di amministrazione della società Aeroporto ***** del 28 febbraio 2005, entrambi aventi ad oggetto la determinazione di non dare ulteriore corso alla anzidetta gara. Inoltre, le ricorrenti di primo grado chiedevano la condanna della società aeroportuale al risarcimento in loro favore dei danni consequenziali alla illegittima adozione dei suindicati provvedimenti.

A base della decisione negativa il Tar Veneto, respinte le questioni pregiudiziali afferenti ai profili formali del procedimento amministrativo oggetto di scrutinio, ha sostanzialmente evidenziato la legittimità degli atti impugnati sul presupposto che lo svolgimento della procedura di scelta del contraente non comporta l'obbligo di concludere in ogni caso il contratto, ove questo non sia più rispondente all'interesse pubblico.

Avverso tale decisione hanno proposto appello le originarie ricorrenti rilevando: a) la inesistenza dei presupposti per far luogo all'autotutela decisoria; b) la inidoneità della motivazione posta a corredo dei gravati atti di ritiro;c) la violazione del principio della continuità del procedimento e del principio di buona fede e correttezza; d) lo sviamento di potere, non essendo mai state esplicitate le vere ragioni sottese all'azzeramento della procedura di gara; e) la violazione dell'art. 7 della L. 241/90. Hanno concluso le appellanti per l'annullamento degli atti in primo grado gravati, in totale riforma della impugnata decisione e per il risarcimento dei danni consequenziali.

Qual è il parere dell'adito giudice di appello del Consiglio di Stato?

L'appello è infondato.

Come premesso in fatto, con il primo motivo le appellanti censurano la gravata decisione sotto il profilo che la stessa avrebbe ritenuto legittimo il ritiro, ad opera della società aeroportuale intimata, degli atti preordinati alla aggiudicazione della gara di che trattasi in favore dell'associazione temporanea costituita dalle appellanti medesime, e ciò nonostante la dedotta carenza dei presupposti, a dire delle appellanti medesime, per far luogo alla disposta revoca e contestuale non luogo a provvedere alla finalizzazione della procedura di gara.

Ma la censura non ha pregio.

Quanto alla pretesa carenza motivazionale del gravato atto di ritiro, va osservato che la società Aeroporto di Venezia ha addotto sostanzialmente due autonomi argomenti, ciascuno dei quali potenzialmente soddisfacente dell'onere motivazionale: l'esigenza di evitare contenzioso futuro a causa della presenza in gara di offerte anomale, nonché la riscontrata opportunità di far luogo ad un'unica procedura di gara sia

per le opere infrastrutturali che per le opere meccaniche del <moving walkaway>. Rileva il Collegio che, come correttamente messo in evidenza dal giudice di prime cure, mentre il primo argomento non si appalesa di consistenza tale da ritenere congruamente adempiuto l'onere della motivazione sufficiente, dato che la presenza in gara di offerte anomale - circostanza peraltro non infrequente - lungi dal legittimare il ritiro degli atti di gara impone l'onere ulteriore della verifica della anomalia, senza peraltro che la stazione appaltante che sia incorsa nella violazione di tale onere possa utilizzare tale proprio inadempimento a giustificazione della revoca degli atti di gara(in ossequio al generale divieto del <venire contra factum proprium>), in senso diverso deve concludersi con riguardo all'ulteriore (e distinto) profilo motivazionale. Non appare infatti irragionevole che la stazione appaltante, melius re perpensa, si sia determinata per l'affidamento ad un unico contraente delle distinte opere infrastrutturali e meccaniche, dato che tale soluzione tecnica, oltre che probabili risparmi di spesa, comporta certamente un più efficiente e razionale perfezionamento delle opere, attesa la presenza sul cantiere di un unico soggetto affidatario, responsabile del compiuto svolgimento delle opere da integrare tra loro.

Ritiene pertanto il Collegio che tale motivazione possa di per sé giustificare, rientrando nei poteri discrezionali della stazione appaltante, il ritiro degli atti di gara, senza peraltro che sulla legittimità della revoca possa incidere il comportamento successivo della intimata società aeroportuale (peraltro non oggetto di sindacato giurisdizionale), ed in particolare la mancata indizione della gara prospettata nella motivazione del ritiro (dipendente da fattori qui non sindacabili).

Né da ultimo merita condivisione la censura di violazione dell'art. 7 della l. 241/90 per omessa comunicazione di avvio dell'inizio del procedimento di ritiro degli atti di gara. E' noto che, prima ancora della novella legislativa portata dalla legge n. 15 del 2005 (che, introducendo l'art. 21 octies della L. 241/90, ha codificato la regola della ininfluenza dei vizi formali quando se ne sia dimostrata la loro irrilevanza causale sugli esiti procedurali), la giurisprudenza - dopo un'iniziale posizione di meccanica applicazione del vizio formale -aveva anticipato il legislatore, fornendo una lettura non formalistica dell'onere della comunicazione d'avvio, implicante la derubricazione della sua violazione dal novero dei vizi senz'altro invalidanti.

In tale prospettiva, appare superabile nella specie il rilievo censorio fondato sulla violazione del suddetto onere dato che, attesa la rilevata e assorbente motivazione addotta al provvedimento di ritiro degli atti di gara, la partecipazione delle appellanti al procedimento non ne avrebbe mutato gli esiti; donde la inconsistenza anche di tal profilo di censura.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 7620
del 4 dicembre 2009, emessa dal Consiglio di Stato

N. 07620/2009 REG.DEC.

N. 09896/2007 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale

Sezione Sesta

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 9896 del 2007, proposto da:
Fallimento RICORRENTE Spa in Liquidaz., RICORRENTE DUE Impianti Srl, rappresentati e difesi
dall'avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via del Mascherino 72;

contro

Save Spa-Societa' Aeroporto di Venezia, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto
presso ***** in Roma, viale Parioli N.180;

nei confronti di

Save Engineering Spa;

per la riforma

della sentenza del Tar Veneto - Venezia :sezione I n. 02278/2007, resa tra le parti, concernente
ESCLUSIONE DA GARA PER REALIZZAZIONE PERCORSO PEDONALE-RIS. DANNO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000,
n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2009 il dott. ***** e uditi per le
parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

E' impugnata la sentenza del Tar Veneto che ha respinto l'originario ricorso proposto dalle società MV Manutenzione Varia srl e RICORRENTE DUE Impianti srl per l'annullamento del provvedimento del 17 marzo 2005 col quale il Direttore generale della società Aeroporto di Venezia -**** spa comunicava alla ricorrente di non voler dar corso alla finalizzazione della procedura di gara, di cui esse ricorrenti erano risultate vincitrici in associazione temporanea, bandita dalla predetta società aeroportuale per l'affidamento nell'ambito dello scalo veneziano di opere civili, elettriche e meccaniche nonché per la realizzazione di un percorso pedonale assistito e climatizzato (c.d. moving walkaway) tra l'area della darsena ed il nuovo terminal passeggeri. A formare oggetto della impugnativa di primo grado - a mezzo di motivi aggiunti - era altresì, in parte qua, il verbale della graduatoria della Commissione consultiva appalti dell'aeroporto veneziano del 24 gennaio 2005 nonché la delibera del Consiglio di amministrazione della società Aeroporto ***** del 28 febbraio 2005, entrambi aventi ad oggetto la determinazione di non dare ulteriore corso alla anzidetta gara. Inoltre, le ricorrenti di primo grado chiedevano la condanna

della società aeroportuale al risarcimento in loro favore dei danni consequenziali alla illegittima adozione dei suindicati provvedimenti.

A base della decisione negativa il Tar Veneto, respinte le questioni pregiudiziali afferenti ai profili formali del procedimento amministrativo oggetto di scrutinio, ha sostanzialmente evidenziato la legittimità degli atti impugnati sul presupposto che lo svolgimento della procedura di scelta del contraente non comporta l'obbligo di concludere in ogni caso il contratto, ove questo non sia più rispondente all'interesse pubblico.

Avverso tale decisione hanno proposto appello le originarie ricorrenti rilevando: a) la inesistenza dei presupposti per far luogo all'autotutela decisoria; b) la inidoneità della motivazione posta a corredo dei gravati atti di ritiro; c) la violazione del principio della continuità del procedimento e del principio di buona fede e correttezza; d) lo sviamento di potere, non essendo mai state esplicitate le vere ragioni sottese all'azzeramento della procedura di gara; e) la violazione dell'art. 7 della L. 241/90. Hanno concluso le appellanti per l'annullamento degli atti in primo grado gravati, in totale riforma della impugnata decisione e per il risarcimento dei danni consequenziali.

Si è costituita in giudizio la società Aeroporto di Venezia per resistere all'appello e per chiederne la reiezione.

Intervenuto il fallimento della RICORRENTE spa, il giudizio è stato riassunto, dopo la sua interruzione, dalla curatela fallimentare della predetta società, con ricorso ritualmente notificato alla appellata società aeroportuale.

All'udienza pubblica del 14 luglio 2009 il ricorso in appello è stato trattenuto per la decisione.

L'appello è infondato.

Come premesso in fatto, con il primo motivo le appellanti censurano la gravata decisione sotto il profilo che la stessa avrebbe ritenuto legittimo il ritiro, ad opera della società aeroportuale intimata, degli atti preordinati alla aggiudicazione della gara di che trattasi in favore dell'associazione temporanea costituita dalle appellanti medesime, e ciò nonostante la dedotta carenza dei presupposti, a dire delle appellanti medesime, per far luogo alla disposta revoca e contestuale non luogo a provvedere alla finalizzazione della procedura di gara.

Ma la censura non ha pregio.

Il Collegio rileva anzitutto che merita condivisione l'orientamento giurisprudenziale, cui ha inteso uniformarsi il giudice di primo grado, secondo cui l'avanzato svolgimento di un procedimento selettivo, e financo il suo finale approdo alla individuazione del soggetto contraente, non sono elementi che possano di per sé implicare inibizione al motivato esercizio del diuturno potere di autotutela decisoria, coesistente alla piena tutela dell'interesse pubblico.

La soluzione non muta nelle ipotesi in cui - come appunto nella specie - il criterio di selezione della offerta prescelto dalla stazione appaltante è quello del massimo ribasso, dato che l'autovincolo che l'amministrazione si impone - a mezzo della adozione del richiamato criterio selettivo - nella individuazione della migliore offerta, tra quelle ritualmente prodotte ed ammesse al procedimento selettivo, non equivale certo a rinuncia allo *ius poenitendi*, quando sopravvenute ragioni di interesse pubblico impongano o rendano soltanto più opportuno il ritiro degli atti precedentemente posti in essere. Opinare in senso diverso equivarrebbe a postergare inammissibilmente l'interesse pubblico all'interesse privato, il quale invece soltanto in congiunzione al primo può trovare soddisfazione nei rapporti di diritto amministrativo, quale che sia il livello di consistenza dallo stesso raggiunto in relazione al progredire del procedimento che lo riguarda, e salvi in ogni caso i profili di protezione indennitaria che l'ordinamento gli riconosce, nelle ipotesi in cui si imponga il suo non illegittimo sacrificio.

Quanto alla pretesa carenza motivazionale del gravato atto di ritiro, va osservato che la società Aeroporto di Venezia ha addotto sostanzialmente due autonomi argomenti, ciascuno dei quali potenzialmente soddisfacente dell'onere motivazionale: l'esigenza di evitare contenzioso futuro a causa della presenza in gara di offerte anomale, nonché la riscontrata opportunità di far luogo ad un'unica procedura di gara sia per le opere infrastrutturali che per le opere meccaniche del <moving walkway>. Rileva il Collegio che, come correttamente messo in evidenza dal giudice di prime cure, mentre il primo argomento non si appalesa di consistenza tale da ritenere congruamente adempiuto l'onere della motivazione sufficiente, dato che la presenza in gara di offerte anomale - circostanza peraltro non infrequente - lungi dal legittimare il ritiro degli atti di gara impone l'onere ulteriore della verifica della anomalia, senza peraltro che la stazione appaltante che sia incorsa nella violazione di tale onere possa utilizzare tale proprio inadempimento a giustificazione della revoca degli atti di gara (in ossequio al generale divieto del <venire contra factum proprium>), in senso diverso deve concludersi con riguardo all'ulteriore (e distinto) profilo motivazionale. Non appare infatti irragionevole che la stazione appaltante, *melius re perpensa*, si sia determinata per l'affidamento ad un unico contraente delle distinte opere infrastrutturali e meccaniche, dato che tale soluzione tecnica, oltre che probabili risparmi di spesa, comporta certamente un più efficiente e razionale perfezionamento delle opere, attesa la presenza sul cantiere di un unico soggetto affidatario, responsabile del compiuto svolgimento delle opere da integrare tra loro.

Ritiene pertanto il Collegio che tale motivazione possa di per sé giustificare, rientrando nei poteri discrezionali della stazione appaltante, il ritiro degli atti di gara, senza peraltro che sulla legittimità della revoca possa incidere il comportamento successivo della intimata società aeroportuale (peraltro non oggetto di sindacato giurisdizionale), ed in particolare la mancata indizione della gara prospettata nella motivazione del ritiro (dipendente da fattori qui non sindacabili).

Né da ultimo merita condivisione la censura di violazione dell'art. 7 della l. 241/90 per omessa comunicazione di avvio dell'inizio del procedimento di ritiro degli atti di gara. E' noto che, prima ancora della novella legislativa portata dalla legge n. 15 del 2005 (che, introducendo l'art. 21 octies della L. 241/90, ha codificato la regola della ininfluenza dei vizi formali quando se ne sia dimostrata la loro irrilevanza causale sugli esiti procedurali), la giurisprudenza - dopo un'iniziale posizione di meccanica

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/12/2009

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

Il Dirigente della Sezione

<https://www.diritto.it/anche-per-il-consiglio-di-stato-dopo-il-giudice-di-primi-grado-cfr-tar-veneto-veneziana-c-on-la-sentenza-numero-2278-del-5-luglio-2007-merita-condivisione-l-orientamento-giurisprudenziale-cui-ha-int/>