

## **Sulla discrezionalità della scelta di non aggiudicare l'appalto, prevista per clausola di gara e sul connesso regime di responsabilità**

*di Lorenzo Prudeniano*

*Data di pubblicazione: 9-11-2012*

La partecipazione alla gara evidenzia e qualifica la posizione del concorrente che vi è ammesso, cosicché non può ragionevolmente escludersi una qualsiasi tutela a fronte degli eventuali ripensamenti dell'Amministrazione: l'interesse all'aggiudicazione (che costituisce l'obiettivo finale di ciascun concorrente) ha un suo corollario nell'interesse allo svolgimento e alla definizione della procedura, secondo le regole fissate dalla *lex specialis*. In tale caso, la discrezionalità dell'Amministrazione, seppure notevolmente ampia, non è dunque senza limiti né è del tutto sottratta al sindacato di legittimità.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex artt. 60 e 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 365 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Onoranze Funebri di Di Luca Serra Snc, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Cosimo D'Alessandro, con domicilio eletto presso Cosimo D'Alessandro in Trieste, via Fabio Severo 19;

contro

Comune di Lignano Sabbiadoro, in persona del Sindaco legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Filippo Pesce, con domicilio eletto presso Teresa Billiani Avv. in Trieste, via Martiri della Liberta' 13;

nei confronti di

Onoranze Funebri Duomo;

per l'annullamento

Quanto al ricorso introduttivo:

1) della determinazione N. 542 dd. 24.05.2011 adottata dal caposettore lavori pubblici del Comune di Lignano e comunicata via fax il 30.06.2011, nonché di tutti gli atti consequenziali, nonché

2) per la condanna dell'amministrazione resistente ad aggiudicare alla ricorrente la gestione dei servizi cimiteriali del Comune di Lignano e in via subordinata al risarcimento dei danni ;

Quanto ai motivi aggiunti depositati in data 20.9.2011:

1) della determinazione n. 333 dd. 11.4.2011 adottata dal caposettore lavori pubblici del Comune di Lignano e depositata in giudizio il 26.8.2011, nonché di tutti gli atti presupposti e consequenziali;

2) della lettera di invito dd. 8.6.2011 per l'affidamento dei servizi cimiteriali di seppellimento e recupero salme nel territorio comunale mediante cottimo fiduciario ai sensi dell'art. 125, co. 11, del D.Lgs. 167/06 e succ. mod., depositato in giudizio il 30.8.2011

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Lignano Sabbiadoro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2011 il dott. Guglielmo Passarelli Di Napoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

**PREMESSO** che nella fattispecie ricorrono i presupposti di cui all'articolo 120 d.lgs. 104/2010; accertata l'integrità del contraddittorio;

**RILEVATO** che la parte ricorrente premetteva di aver partecipato alla gara per l'affidamento dei servizi cimiteriali di seppellimento e recupero salme nel territorio comunale, indetta dall'Amministrazione con determinazione n. 333 dell'11.04.2011;

che tale gara, come si evince dalla lettera di invito inviata alla ricorrente prot. n. 14107 del 12.04.2011, sarebbe stata aggiudicata in base al criterio del prezzo più basso dell'importo a base d'asta, ex art. 82 co. 2 lett. a) del d.lgs. 163/2006;

che, ancora, in tale lettera veniva precisato che sarebbero state escluse le offerte in aumento

rispetto all'importo complessivo posto a base di gara, condizionate, per telegramma, per fax, espresse in modo indeterminato e con riferimento ad altra offerta propria o altrui, pervenute o presentate dopo il termine stabilito per la ricezione delle offerte; ovvero per le quali risultasse mancante, irregolare, incompleta anche parzialmente la documentazione e le dichiarazioni richieste in sede di gara; nonché quelle per le quali l'offerta economica non fosse contenuta nell'apposita busta sigillata e controfirmata sui lembi di chiusura;

che, sempre nella medesima lettera di invito, veniva stabilito l'importo a base di gara di euro 7.810 oltre euro 590 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso oltre IVA come per legge;

che, sempre nella medesima lettera di invito, veniva stabilito che l'Amministrazione si riservava, a proprio insindacabile giudizio e senza obbligo di motivazione, la facoltà di non aggiudicare la gara, e che in tal caso i concorrenti non avrebbero potuto avanzare pretese risarcitorie, a qualsiasi titolo;

che alla gara partecipava anche la Onoranze Funebri Duomo di Perissinotto Claudio & co. s.n.c., esclusa per non aver presentato l'allegato 2 del socio Pelandra Renato;

che l'Amministrazione decideva di non aggiudicare la gara, ritenendo l'offerta economica presentata dalla ricorrente non idonea, atteso che i prezzi offerti risultavano ampiamente e senza alcuna possibilità di giustificazione al di sotto dei valori di remunerazione del personale impiegato a svolgere il servizio;

di aver saputo, per puro caso e dopo la comunicazione di tale provvedimento, che l'Amministrazione aveva indetto una nuova gara per l'affidamento del medesimo servizio, senza invitare la ricorrente;

di aver pertanto inviato alla ricorrente, in data 12.07.2011, un invito ad annullare l'atto impugnato in sede di autotutela, con contestuale avviso che si sarebbe proposto un ricorso giurisdizionale;

che l'Amministrazione non solo non provvedeva in tal senso, ma bandiva una nuova gara, senza invitare la ricorrente;

che pertanto la parte ricorrente impugnava tali provvedimenti, ritenendoli illegittimi per i seguenti motivi: 1) violazione dell'art. 82 co. 2 lett. a), in relazione agli artt. 125 e 86, del d.lgs. 163/2006, atteso che nell'art. 2 del capitolato speciale d'appalto allegato alla lettera di invito, si legge che l'importo annuo presunto del servizio è pari a euro 7.810 oltre euro 590 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso oltre IVA come per legge, calcolato su: 20 inumazione; 30 tumulazioni; 5 estumulazioni ordinarie; 1 recupero salme nel territorio comunale; tuttavia, nell'elenco prezzi allegato alla lettera d'invito venivano indicati anche ulteriori servizi, ed in particolare: un servizio di tumulazione di feretro in loculo previa estumulazione ordinaria di altra salma presente nel loculo stesso; un servizio di tumulazione di cassetta contenente resti mortali; un servizio di esumulazione ordinaria con raccolta di resti mortali; un servizio di spostamento di feretro; pertanto, vi è discordanza sui servizi oggetto dell'appalto, perché nella lettera di invito sono previsti 4 servizi, mentre nell'elenco prezzi sono previsti 9 servizi per un

importo di euro 8.900; 2) carenza di motivazione, atteso che dalla motivazione dell'Amministrazione non si evince in alcun modo perché i prezzi offerti dalla ricorrente risultassero "ampiamente e senza alcuna possibilità di giustificazione al di sotto dei valori di remunerazione del personale impiegato a svolgere il servizio"; i prezzi offerti sono in realtà ampiamente remunerativi; 3) violazione dell'art. 86 d.lgs. 163/2006, atteso che, nel caso di specie, l'esclusione automatica dell'offerta sospetta di anomalia non poteva essere disposta, non potendo operare il criterio di cui all'art. 86 co. 1 (avendo partecipato alla gara solo due imprese, una delle quali esclusa), sicché occorre procedere alla verifica in contraddittorio dell'anomalia; 4) la decisione di non aggiudicare, rimessa all'insindacabile ed immotivato giudizio dell'Amministrazione, è in contrasto con i principi di correttezza e buona fede; 5) la ricorrente ha chiesto di poter partecipare alla nuova gara, il che esclude ogni acquiescenza al provvedimento impugnato;

nonché per i seguenti motivi aggiunti: 1) l'Amministrazione avrebbe potuto, trattandosi di servizio di importo inferiore ai 20.000 euro, affidarlo direttamente ai sensi dell'art. 125 co. 11; invece ha scelto di indire una gara ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 82 lett. a) e 125 co. 11 d.lgs. 163/2006; ciò fatto, l'Amministrazione avrebbe dovuto rispettare le regole che essa stessa si era data, non potendo liberamente ed immotivatamente cambiare le proprie scelte una volta esercitata la propria discrezionalità; il comportamento della p.a. è stato in contrasto con i principi di correttezza e buona fede; non è stata valutata l'intrinseca contraddittorietà tra il capitolato d'appalto, la lettera di invito e l'elenco prezzi; la decisione di non aggiudicare, rimessa all'insindacabile ed immotivato giudizio dell'Amministrazione, è in contrasto con i principi di correttezza e buona fede; 2) è ormai certo che l'Amministrazione ha deciso di bandire una nuova gara per il medesimo servizio, senza invitare la ricorrente, ciò che è in palese violazione dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento;

che l'Amministrazione eccepiva che non vi è alcuna contraddizione quanto ai servizi oggetto di appalto, atteso che la lettera di invito fa riferimento al capitolato speciale, in cui sono descritti i 9 servizi indicati anche nell'elenco prezzi; l'Amministrazione, come precisato, ben poteva non aggiudicare la gara a proprio insindacabile giudizio, ciò che esclude l'obbligo di motivazione; comunque, i prezzi offerti dalla ricorrenti sono risultati inattendibili, ciò che costituisce motivazione del tutto sufficiente; è infondato anche il motivo concernente l'omessa attivazione del sub procedimento di verifica in contraddittorio dell'anomalia, atteso che si è proceduto ex art. 125 d.lgs. 163/2006 (procedure in economia, vale a dire una procedura negoziata in cui è sufficiente il rispetto dei principi generali, tra i quali non si può comprendere anche l'obbligo di procedere in contraddittorio con l'impresa alla verifica dell'anomalia dell'offerta: Tar Puglia, Bari, I, 1942/2009), inoltre, al caso di specie appare applicabile la disciplina di cui all'art. 30 (trattandosi, in sostanza, di una concessione di servizi) sicché pure non risulta applicabile la disciplina di cui all'art. 88 d.lgs. 163/2006 (Tar Umbria, I, 26/2010; Tar Sicilia, Palermo, I, 232/2010); la disposizione del bando in cui l'Amministrazione si è riservata la facoltà di non aggiudicare la gara a proprio insindacabile giudizio non è stata oggetto di impugnazione; il silenzio inadempimento, infine, non è configurabile in caso di procedura ex art. 125 d.lgs. 163/2006;

che, quanto ai motivi aggiunti, il Comune ribadiva la tardività dell'impugnazione della determinazione n. 333 dell'11.04.2011, ben conosciuta sin dalla comunicazione della

determinazione n. 542/2011 (cioè dal 30.06.2011), né vale in contrario osservare che tale atto è divenuto lesivo solo successivamente: tale atto doveva essere impugnato, quanto meno, con il ricorso introduttivo; e che aveva deciso di non invitare la ricorrente alla nuova gara, a causa del comportamento tenuto dalla stessa nella gara precedente, in cui era stata formulata un'offerta palesemente inattendibile;

CONSIDERATO che il ricorso è manifestamente fondato, atteso che la clausola del bando con cui l'Amministrazione si è riservata la facoltà di non aggiudicare la gara a proprio insindacabile giudizio è da ritenere illegittima, occorrendo, per costante giurisprudenza, il rispetto dei principi di correttezza e buona fede, nonché l'obbligo di motivare tale scelta (Tar Lazio, Roma, II, n. 8975/2010; Tar Sardegna, I, n. 2167/2010; in particolare, si segnala Tar Campania, VIII, n. 555/2010, secondo cui "La partecipazione alla gara evidenzia e qualifica la posizione del concorrente che vi è ammesso, cosicché non può ragionevolmente escludersi una qualsiasi tutela a fronte degli eventuali ripensamenti dell'Amministrazione: l'interesse all'aggiudicazione (che costituisce l'obiettivo finale di ciascun concorrente) ha un suo corollario nell'interesse allo svolgimento e alla definizione della procedura, secondo le regole fissate dalla lex specialis. In tale caso, la discrezionalità dell'Amministrazione, seppure notevolmente ampia, non è dunque senza limiti né è del tutto sottratta al sindacato di legittimità");

che, inoltre, non si può condividere l'assunto del Comune, in forza del quale la clausola avrebbe dovuto essere immediatamente impugnata; deve infatti ritenersi che la clausola abbia assunto carattere lesivo degli interessi della ricorrente solo nel momento in cui essa si è classificata al primo posto nella graduatoria provvisoria; giova ricordare, al riguardo, che tale clausola è stata impugnata con il ricorso introduttivo, in cui una censura riguarda, specificamente, per l'appunto tale clausola;

che, inoltre, la scarna motivazione offerta dall'Amministrazione sulla non congruità dell'offerta appare insufficiente, anche alla luce delle argomentate osservazioni di parte ricorrente, sulla assunta discordanza sui servizi oggetto dell'appalto, perché nella lettera di invito sono previsti 4 servizi, mentre nell'elenco prezzi sono previsti 9 servizi per un importo di euro 8.900;

che appare fondato anche il primo dei motivi aggiunti, atteso che – se è vero che l'Amministrazione avrebbe potuto, trattandosi di servizio di importo inferiore ai 20.000 euro, affidarlo direttamente ai sensi dell'art. 125 co. 11 - invece ha scelto di indire una gara, e solo nel momento in cui ha accertato che la società ricorrente si è classificata al primo posto ha deciso di non aggiudicare la gara e di bandire una nuova procedura a cottimo fiduciario, senza invitare la ricorrente; il comportamento della p.a. è pertanto da in contrasto con i principi di correttezza e buona fede, anche alla luce della motivazione successivamente data, negli atti difensivi, circa il mancato invito (si assume che la ricorrente non sarebbe stata invitata perché l'offerta presentata nella gara precedente era inattendibile; ma appare evidente che tale motivazione è illogica, atteso che l'aver presentato un'offerta non congrua in una gara precedente non significa affatto che l'impresa continuerà a presentare un'offerta incongrua anche in una gara successiva);

che la domanda risarcitoria può essere accolta, limitatamente alle spese sostenute e documentate di partecipazione alla procedura indetta con determinazione n. 333

dell'11.04.2011, atteso l'obbligo dell'Amministrazione di procedere all'indizione di una nuova procedura;

CHE le spese processuali vanno poste a carico della parte soccombente e si liquidano come in dispositivo;

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, disattesa e respinta ogni diversa istanza, domanda, deduzione ed eccezione, così provvede:

1. Accoglie il ricorso n. 365 dell'anno 2011 e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati;
2. Accoglie la domanda di risarcimento dei danni, limitatamente alle spese sostenute e documentate di partecipazione alla procedura indetta con determinazione n. 333 dell'11.04.2011;
3. Condanna l'Amministrazione a rifondere alla parte ricorrente le spese del presente giudizio, che liquida in complessivi € 2.500, oltre il contributo unificato ed oltre I.V.A., C.N.A.P. e rimborso spese generali, come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Rita De Piero, Consigliere

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Primo Referendario, Estensore  
L'ESTENSORE                      IL PRESIDENTE

Nella sentenza annotata il T.A.R. triestino si pronuncia nel senso della illegittimità del "ripensamento" dell'amministrazione sull'aggiudicazione dell'appalto posto a gara, precisando i presupposti e i limiti delle determinazioni di tale ripensamento.

L'amministrazione si era riservata di non procedere alla aggiudicazione, senza dover motivare tale decisione, in una clausola del bando di gara.

Tale clausola di gara, posta a fondamento del ripensamento, è stata ritenuta illegittima, in quanto la determinazione di non procedere ad aggiudicazione, pur discrezionale, deve essere congruamente motivata.

Risulta da giurisprudenza costante, infatti, che le scelte discrezionali delle amministrazioni debbono pur sempre essere motivate, indipendentemente dalla latitudine della discrezionalità riconosciuta. In particolare, si ritiene che debba essere fornita "adeguata motivazione in ordine

alle ragioni di fatto e di diritto che impongono al soggetto aggiudicatore di assumere la decisione di non aggiudicare definitivamente la gara nonché in ordine alla valutazione circa il bilanciamento degli interessi in gioco, che merita l'attenzione approfondita della stazione appaltante che, bandendo la gara, ha coinvolto nell'avventura procedimentale operatori di mercato nel settore cui si riferisce l'oggetto del contratto da appaltarsi, i quali ben potrebbero aver investito risorse ovvero rinunciato ad operazioni fruttuose per poter partecipare alla gara" (Tar Lazio, Roma, II, n. 8975/2010).

In tale ultima ottica, la pubblica amministrazione deve sempre serbare una condotta che salvaguardi il legittimo affidamento delle imprese coinvolte nella procedura ad evidenza pubblica, in omaggio ai principi generali di buona fede e correttezza.

Il caso si segnala perché fornisce l'occasione per affermare il principio di diritto in base al quale:

- 1) è facoltà (*rectius*, riesca nella discrezionalità amministrativa) dell'Amministrazione riservarsi con apposita clausola di bando la facoltà di non aggiudicare la gara a proprio insindacabile giudizio;
- 2) tuttavia tale facoltà non può essere esercitata senza rispettare il generale obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, posto che l'attività amministrativa deve essere ragionevole pur qualificandosi in concreto come fortemente discrezionale; è proprio la motivazione che consente di sindacare il corretto esercizio del potere;
- 3) l'esercizio del potere amministrativo, nelle procedure di evidenza pubblica, deve essere esercitato secondo correttezza e buona fede, per salvaguardare gli interessi legittimi dei partecipanti alla gara, che abbiano riposto affidamento sullo svolgimento e definizione della procedura;
- 4) l'amministrazione il cui agire si ponga in contrasto con i principi di correttezza e buona fede nell'esercizio del potere è responsabile. Il danno risarcibile ha riguardo alle spese inutilmente patite dal concorrente per partecipare alla gara.

#### **Precedenti conformi**

Tar Campania, VIII, n. 555/2010;  
Tar Lazio, Roma, II, n. 8975/2010;  
Tar Sardegna, I, n. 2167/2010.

#### **Riferimenti bibliografici**

F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 2011