

Il termine per l'esercizio della facoltà di non procedere all'aggiudicazione non decorre ex novo in caso di scorrimento della graduatoria

di Adriano Cavina, Donato Caterino

Data di pubblicazione: 3-1-2025

L'art. 108 del d.lgs. n. 36/2023 individua quale termine ultimo per l'esercizio della facoltà da parte della stazione appaltante di non procedere all'aggiudicazione quello di trenta giorni dalla conclusione della valutazione delle offerte.

Ritiene il Collegio che, contrariamente a quanto sostenuto dall'Amministrazione resistente, non si tratti di termine che decorra ex novo qualora si proceda allo scorrimento della graduatoria.

E ciò sulla base dell'orientamento pretorio secondo cui "le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto; detta valutazione di inidoneità o di scarsa convenienza (rispetto all'oggetto della gara) deve essere rapportata all'insieme complessivo delle offerte pervenute e va effettuata normalmente prima (Cons. Stato, Sez. V, n. 4904 del 2021)"...Deve pertanto trattarsi di una valutazione di insieme di tutte le offerte pervenute (che eventualmente risultino complessivamente non inidonee o convenienti) e non soltanto di una di esse.

Publicato il 02/12/2024

N. 03966/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01551/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1551 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da F.Ili Valenti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Salvatore Cinnera Martino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Trasporti Messina S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Laface, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Schirò S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento n. 142 del 10 luglio 2024, con cui l'Azienda Trasporti Messina S.p.A. ha disposto di non procedere allo scorrimento della graduatoria, contestualmente annullando la procedura di gara;
- della determina a contrarre n. 153 del 23 luglio 2024;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti:

- del verbale n. 2 del 17 settembre 2024, avente ad oggetto la proposta di aggiudicazione in favore della Schirò S.r.l.;
- del provvedimento n. 230 del 30 ottobre 2024, con cui l'Azienda Trasporti Messina S.p.A. ha aggiudicato in via definitiva la fornitura alla Schirò S.r.l.;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Trasporti Messina S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2024 la dott.ssa Manuela Bucca e uditi

per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determina a contrarre n. 17 del 13 febbraio 2024, l'Azienda Trasporti Messina S.p.A. avviava una procedura aperta ai sensi dell'art. 71 del d. lgs. n. 36/2023, suddivisa in due lotti, finalizzata alla conclusione di un accordo quadro con un solo operatore per singolo lotto, per la fornitura di pneumatici nuovi e ricostruiti per autobus e mezzi aziendali, per la durata di mesi ventiquattro.

Con determina n. 70 del 24 aprile 2024, l'Amministrazione aggiudicava il lotto 1 alla Schirò S.r.l., avendo presentato l'offerta più bassa pari all'importo di € 740.830,65 e ribasso del 22,28% (rispetto all'importo posto a base di gara, pari a € 953.216,83, oltre iva).

Con provvedimento n. 127 del 26 giugno 2024, l'Azienda annullava l'aggiudicazione alla prima classificata e disponeva di procedere allo scorrimento della graduatoria.

Con nota del 2 luglio 2024, sempre l'Azienda comunicava alla Franco Gomme S.r.l., seconda classificata in graduatoria, l'inammissibilità della sua offerta, con conseguente esclusione dalla gara.

Con successiva determina n. 142 del 10 luglio 2024, l'Azienda decideva di non procedere all'ulteriore scorrimento della graduatoria in favore della terza classificata, la F.Ili Valenti S.r.l., in quanto l'offerta presentata, prevedendo un ribasso del 2,90%, era giudicata non conveniente.

Contestualmente, l'Amministrazione annullava la procedura di gara relativamente al lotto n. 1.

Con provvedimento n. 153 del 23 luglio 2024, veniva indetta una nuova procedura.

Avverso entrambi i provvedimenti propone ricorso la F.Ili Valenti S.r.l., articolando i seguenti motivi di censura:

I. Violazione dell'art. 108 comma 10 D.Lgs. 36/2023.

Col primo motivo, parte ricorrente sostiene che la decisione di non aggiudicare l'appalto per non convenienza dell'offerta sia stata illegittimamente adottata oltre il termine previsto dall'art. 108 del d. lgs. n. 36/2023 (e replicato al punto 20 del disciplinare);

II. Violazione dell'art. 3 L. n. 241/1990. Violazione sotto altro profilo dell'art. 108 del D.Lgs. 36/2023. Difetto assoluto di motivazione; eccesso di potere per arbitrarità, sviamento, travisamento, omessa partecipazione, carenza di istruttoria, difetto assoluto del presupposto, illogicità manifesta, contraddittorietà.

Col secondo motivo, la società ricorrente lamenta l'insufficienza motivazionale del provvedimento impugnato, atteso che, avendo la stazione appaltante predeterminato l'importo a base di gara, ogni ribasso di quell'importo sarebbe di per sé conveniente;

III. Invalidità derivata.

In ultimo, la ricorrente deduce che l'annullamento del diniego di aggiudicazione della gara travolga per illegittimità derivata la successiva determina a contrarre n. 153 del 23 luglio 2024, avente ad oggetto l'affidamento della medesima fornitura.

Nelle more della trattazione nel merito della causa, l'Azienda Trasporti Messina S.p.A. ha dato corso allo svolgimento della gara.

In conseguenza:

- con verbale n. 2 del 17 settembre 2024, è stata formulata la proposta di aggiudicazione in favore della Schirò S.r.l., avendo presentato - ancora una volta - l'offerta più bassa;
- con provvedimento n. 230 del 30 ottobre 2024, la gara è stata aggiudicata in via definitiva alla Schirò S.r.l.

Con ricorso per motivi aggiunti, ritualmente notificato e depositato, la F.Ili Valenti S.r.l. impugna entrambi gli atti, deducendone l'invalidità in via derivata.

Resiste al ricorso, integrato con motivi aggiunti, l'Azienda Trasporti Messina S.p.A., eccependone preliminarmente l'inammissibilità per omessa integrazione del contraddittorio nei confronti della Più Gomme S.r.l., classificatasi quarta nella gara, e per mancata impugnazione dell'art. 20, comma 2, del disciplinare di gara, laddove riconosce alla stazione appaltante la facoltà di non procedere all'aggiudicazione, entro 30 giorni dalla conclusione della valutazione delle offerte, "*Qualora nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto*".

L'Azienda deduce, inoltre, l'infondatezza nel merito del gravame.

La Schirò S.r.l., seppur ritualmente intimata, non si è costituita in giudizio.

All'udienza pubblica del 21 novembre 2024, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, il Collegio ritiene destituita di fondamento l'eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dall'Azienda Trasporti Messina S.p.A., per mancata notifica del ricorso alla Più Gomme S.r.l., quarta in graduatoria, in quanto riveste la posizione di controinteressato solo il concorrente meglio collocato in graduatoria, il quale è destinato a ricevere pregiudizio dall'eventuale accoglimento del ricorso in quanto titolare di un interesse uguale e contrario a quello dedotto in ricorso (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. II, 13 marzo 2023, n. 2574).

Nel caso di specie, il ricorso, anche integrato con motivi aggiunti, è stato, quindi, correttamente notificato, oltre che all'Amministrazione resistente, anche alla Schirò S.r.l., attuale aggiudicataria, la quale sarebbe certamente pregiudicata dall'accoglimento del gravame.

Parimenti infondata è l'eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione della clausola del bando che recepisce i contenuti dell'art. 108 del d. lgs. n. 36/2023, avendone il ricorrente formulato espressa censura ove interpretata nel senso di consentire all'Azienda di non procedere all'aggiudicazione senza limiti di tempo (cfr. pag. 7 del ricorso introduttivo).

Tanto premesso, il ricorso è meritevole di accoglimento.

L'art. 108 del d. lgs. n. 36/2023 individua quale termine ultimo per l'esercizio della facoltà da parte stazione appaltante di non procedere all'aggiudicazione quello di trenta giorni dalla conclusione della valutazione delle offerte.

La suddetta disposizione è stata pedissequamente recepita all'art. 20 del disciplinare di gara, ove è statuito che *“Qualora nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, la stazione appaltante può decidere, entro 30 giorni dalla conclusione delle valutazioni delle offerte, di non procedere all'aggiudicazione”*.

Circa il momento di valutazione delle offerte, all'art. 18 del disciplinare è stabilito che, previa verifica della documentazione amministrativa, l'apertura delle offerte presentate e la loro valutazione, con registrazione degli esiti e redazione della graduatoria, avviene alla data e all'ora comunicati ai concorrenti ammessi alla suddetta fase di gara.

La valutazione delle offerte, con formulazione della graduatoria e proposta di aggiudicazione in favore della Schirò S.r.l., è quindi avvenuta con verbale n. 3 del 12 aprile 2024, dalla cui pubblicazione la stessa Amministrazione ha precisato che sarebbero decorsi i termini per eventuale impugnazione ai sensi dell'art. 120 c.p.a.

L'Amministrazione avrebbe, quindi, potuto esercitare la facoltà di non procedere all'aggiudicazione entro il termine di 30 giorni decorrente dal 12 aprile 2024, con conseguente tardività della determinazione assunta il 10 luglio.

Ritiene il Collegio che, contrariamente a quanto sostenuto dall'Amministrazione resistente, non si tratti di termine che decorra *ex novo* qualora si proceda allo scorrimento della graduatoria.

Invero, come chiarito da condiviso orientamento giurisprudenziale (formatosi sotto il vigore dell'art. 95, comma 12, del d. lgs. n. 50/2016, il quale, analogamente, statuiva che

“Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta a risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto”), *“detta valutazione di inidoneità o di scarsa convenienza (rispetto all'oggetto della gara) deve essere rapportata*

all'insieme complessivo delle offerte pervenute e va effettuata normalmente prima (Cons. Stato, sez. V, n. 4904 del 2021)"...

Deve pertanto trattarsi di una valutazione di insieme di tutte le offerte pervenute (che eventualmente risultino complessivamente non inidonee o convenienti) e non soltanto di una di esse" (Consiglio di Stato sez. V, 17 maggio 2024, n. 4435).

Fondata è anche la censura inerente al difetto di motivazione del provvedimento di non aggiudicazione e revoca della procedura, in ragione della non convenienza dell'offerta presentata dall'odierna ricorrente.

Invero, poiché il prezzo a base d'asta è notoriamente frutto di una stima prudenziale effettuata dalla stazione appaltante al momento dell'indizione della gara, al fine di giustificare la mancata aggiudicazione in ragione dell'esiguità del ribasso offerto, l'Azienda avrebbe dovuto allegare un mutamento delle condizioni del mercato di riferimento non previsto o non prevedibile o, quantomeno, motivare in maniera puntuale e specifica sulle ragioni per le quali, pur al cospetto della formulazione di un'offerta al ribasso, il prezzo offerto era, comunque, da ritenersi non conveniente per l'Amministrazione (cfr., T.A.R. Napoli, (Campania) sez. III, 7 marzo 2024, n. 1537; T.A.R. Catania, (Sicilia) sez. II, 4 luglio 2012, n. 1656).

Ma così non è stato.

Invero, l'Azienda ha revocato la procedura, senza aggiudicare l'appalto all'odierna ricorrente, seppur la sua offerta fosse coerente con l'importo stabilito a base di gara, limitandosi a dichiarare che *"l'offerta non risulta conveniente"*.

E ciò senza nemmeno tener conto che la stazione appaltante *"deve procedere allo scorrimento della graduatoria"*, salve talune puntuali e motivate eccezioni, legate ad uno *"stringente"* giudizio di non convenienza dell'offerta o di inidoneità della stessa in relazione all'oggetto del contratto, diversamente risultando alterata la trasparenza e la correttezza del confronto concorrenziale (T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. V, 6 marzo 2024, n. 636; Consiglio di Stato sez. IV, 11 novembre 2021, n. 7533).

Ritiene il Collegio che l'operato dell'Azienda non sia nemmeno in linea col principio del risultato previsto dall'art. 1 del d. lgs. n. 36/2023, *"principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale che è: a) nella fase di affidamento giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto"* (Consiglio di Stato sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924).

Ne consegue l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, ivi compresa l'aggiudicazione della fornitura alla Schirò S.r.l. disposta, all'esito della riedizione della gara, con provvedimento n. 230 del 30 ottobre 2024.

Poiché, peraltro, non vi sono contestazioni sulla posizione della F.lli Valenti S.r.l., la stazione appaltante dovrà adottare un provvedimento di aggiudicazione in suo favore e con essa stipulare il contratto, previa verifiche di rito.

In conclusione, il ricorso, integrato con motivi aggiunti, deve essere accolto, con annullamento di tutti gli atti impugnati.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato con motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione.

Condanna l'Azienda Trasporti Messina S.p.A. alla refusione delle spese di lite in favore della parte ricorrente, che liquida in complessivi € 5.000,00, oltre al rimborso delle spese generali nella misura del 15%, nonché IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppa Leggio, Presidente

Diego Spampinato, Consigliere

Manuela Bucca, Referendario, Estensore

Guida alla lettura

La sentenza del **TAR Catania n. 3966 del 2 dicembre 2024** riguarda i **limiti dell'esercizio della facoltà**, riconosciuta alla stazione appaltante **ex art. 108, comma 10 del d.lgs. n. 36/2023, di non procedere all'aggiudicazione** se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto.

La fattispecie oggetto della pronuncia in commento riguarda la decisione di non aggiudicare l'appalto adottata nei confronti di un concorrente inizialmente posizionatosi al terzo posto e, successivamente, in ragione dell'esclusione tanto del primo quanto del secondo graduato, risultato potenzialmente aggiudicatario della commessa.

Più in particolare, la stazione appaltante dopo aver valutato **tutte** le offerte i cui esiti erano confluiti nel verbale del 12 aprile 2024 procedeva all'aggiudicazione in favore del concorrente

primo graduato. Senonché, l'aggiudicazione veniva successivamente annullata e veniva disposto lo scorrimento della graduatoria in favore del secondo classificato.

Tuttavia, anche l'operatore economico posizionatosi al secondo posto, riscontrata l'inammissibilità della sua offerta, veniva escluso dalla gara.

Sicché, la stazione appaltante con il **provvedimento del 10 luglio 2024 decideva di non procedere all'ulteriore scorrimento della graduatoria in favore della terza classificata poiché la sua offerta** (che prevedeva un ribasso del 2,90%) **era stata ritenuta non conveniente** e di conseguenza procedeva a revocare la procedura.

Avverso tale provvedimento è insorto l'operatore economico classificatosi al terzo posto articolando un duplice ordine di censure: (i) con la prima, ha denunciato l'illegittimità della decisione di non aggiudicare l'appalto in ragione della ritenuta non convenienza dell'offerta in quanto tardiva essendo stata adottata oltre il termine di 30 giorni previsto dall'art. 108 del d.lgs. n. 36, cit.; (ii) con la seconda, ha censurato il difetto di motivazione del provvedimento, evidenziando come la decisione di non convenienza economica di un ribasso comunque formulato rispetto all'importo posto a base d'asta avrebbe richiesto una adeguata motivazione.

Nel merito, **il TAR ha accolto il ricorso** ritenendo fondate entrambe le censure.

Quanto alla **prima doglianza** ha anzitutto evidenziato che **l'art. 108, comma 10 del d.lgs. n. 36, cit. individua quale termine ultimo** per l'esercizio della **facoltà di non procedere all'aggiudicazione** quello di **trenta giorni dalla conclusione della valutazione delle offerte**.

Muovendo da tale dato normativo, il TAR ha rilevato che nel verbale del 12 aprile 2024 erano stati riportati gli esiti della valutazione delle offerte, sicché era da tale data che decorrevano i trenta giorni entro i quali la stazione appaltante avrebbe potuto esercitare la facoltà di non procedere all'aggiudicazione con conseguente **tardività** della determinazione assunta il 10 luglio 2024.

In questa prospettiva – ha evidenziato il Collegio – **lo scorrimento della graduatoria non determina la decorrenza ex novo del termine di trenta giorni per l'esercizio della facoltà di non procedere all'aggiudicazione**. E ciò alla luce dell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui: *“Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto; detta valutazione di inidoneità o di scarsa convenienza (rispetto all'oggetto della gara) deve essere rapportata all'insieme complessivo delle offerte pervenute e va effettuata normalmente prima (Cons. Stato, sez. V, n. 4904 del 2021)”...Deve pertanto trattarsi di una valutazione di insieme di tutte le offerte pervenute (che eventualmente risultino complessivamente non inidonee o convenienti) e non soltanto di una di esse*” (Cons. Stato, Sez. V, 17 maggio 2024, n. 4435).

Anche la **seconda doglianza**, incentrata sul **difetto di motivazione della non convenienza dell'offerta presentata dal ricorrente**, è stata ritenuta fondata.

In questo senso il TAR, muovendo dalla circostanza che l'importo posto a base d'asta è frutto di una stima prudenziale effettuata dalla stazione appaltante e considerato che il ricorrente aveva proposto un ribasso (2,90%) rispetto a tale importo, ha ritenuto che: *“Al fine di giustificare la mancata aggiudicazione in ragione dell'esiguità del ribasso offerto, l'Azienda avrebbe dovuto allegare un mutamento delle condizioni del mercato di riferimento non previsto o non prevedibile o, quantomeno, motivare in maniera puntuale e specifica sulle ragioni per le quali, pur al cospetto della formulazione di un'offerta al ribasso, il prezzo offerto era, comunque, da ritenersi non conveniente per l'Amministrazione”*.

All'opposto, la stazione appaltante si era limitata a revocare la procedura di gara ritenendo, con una motivazione generica, che l'offerta dell'operatore economico rimasto in gara non risultava conveniente.

Alla luce di ciò il TAR ha, dunque, accolto il ricorso e, per l'effetto, ha condannato la stazione appaltante all'adozione del provvedimento di aggiudicazione nei confronti del ricorrente.

La pronuncia oggetto del presente commento presenta notevole rilievo pratico perché, da un lato, si occupa di delineare i **limiti dell'esercizio della facoltà di non procedere all'aggiudicazione** e, dall'altro lato, ribadisce l'**onere motivazionale “rafforzato”** che grava sulle stazioni appaltanti allorché intendano esercitare tale facoltà.

L'art. 108, comma 10, del d.lgs. n. 36/2023 riproduce la disposizione già codificata nella normativa previgente (art. 95, comma 12, d.lgs. n. 50/2016) introducendo una sostanziale novità: **l'indicazione del termine di trenta giorni entro cui poter esercitare tale potere**.

Come riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa, il potere di non procedere all'aggiudicazione ove nessuna delle offerte presentate sia ritenuta idonea o conveniente trova fondamento nel **principio generale di buon andamento della Pubblica Amministrazione ex art. 97 Cost.** da cui discende l'onere di adottare atti coerenti e proporzionali al soddisfacimento delle esigenze effettive della stazione appaltante (Cons. Stato, Sez. V, 16 ottobre 2017, n. 4787).

Si tratta di un **potere ampiamente discrezionale riconosciuto alle stazioni appaltanti il cui esercizio comporta un onere motivazionale stringente**: e ciò trova fondamento nel fatto che la scelta di non aggiudicare non deriva da vizi degli atti di gara né da una rivalutazione dell'interesse pubblico (venendo, altrimenti, in rilievo l'esercizio del potere di revoca) bensì da una negativa valutazione delle offerte presentate che, pur rispondendo formalmente ai requisiti previsti dalla *lex specialis* di gara, non sono ritenute idonee a soddisfare gli obiettivi perseguiti con la gara.

In questi termini può inquadrarsi l'indirizzo del TAR che, nella fattispecie oggetto del presente commento, ha ritenuto che la decisione di non procedere all'aggiudicazione ex art. 108 del d.lgs. n. 36, cit. sia soggetta a due condizioni: (i) il rispetto del termine di 30 giorni dalla valutazione delle offerte e, (ii) un onere motivazionale “rafforzato” e adeguato rispetto alla fattispecie concreta.

E ciò in quanto si tratta di una facoltà esercitabile dalla stazione appaltante che non incide su offerte irregolari: di qui l'esigenza di tutelare l'interesse degli operatori economici che hanno formulato un'offerta regolare e ammissibile e che vantano un'aspettativa all'aggiudicazione.