

La determinazione di non procedere ad un'aggiudicazione, per dar luogo ad una nuova selezione sulla base di un maggior numero di offerte, non viola le regole di correttezza, imparzialità, buon andamento cui deve conformarsi l'esercizio dell'azione amministrativa, e ciò esclude che possa avere ingresso la domanda di risarcimento per la mancata aggiudicazione della fornitura alla seconda in graduatoria una volta accertata l'inadeguatezza sotto il profilo tecnico dell'offerta del concorrente collocato al primo posto

In tema di discrezionalità di una stazione appaltante a decidere di indire una nuova procedura invece di aggiudicare alla seconda classificata, merita di essere segnalata la decisione numero 1842 del 24 aprile 2007 del Consiglio di Stato, ci insegna che:

< Il numero esiguo dei concorrenti che ha indotto a non disporre l'aggiudicazione costituisce evento del tutto casuale, non riconducibile ad omissioni della stazione appaltante quanto alla divulgazione del bando.>

pertanto:

<La mancata soddisfazione dell'interesse pretensivo della ricorrente ad effettuare la fornitura non si collega quindi ad un condotta colposa dell'Amministrazione, che non abbia proceduto all'aggiudicazione, ad esempio, per erroneità nella valutazione dell'offerta tecnica o dei requisiti di partecipazione, ma sul riscontro del dato oggettivo dell'esiguo numero dei concorrenti che avevano partecipato all'esperimento di gara.

La scelta discrezionale di rinnovare il concorso non risulta essere stata contestata dall'odierno appellante che, anzi, ha vi ha prestato acquiescenza partecipando al successivo esperimento di gara>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.1842/2007

Reg.Dec.

N. 3089 Reg.Ric.

ANNO 2005

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da \*\* S.a.s., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv.to Anna Fasanella con domicilio eletto in Roma, via R. Battistini, n. 33, presso la sig.ra Valentina Greco;

contro

l'Università degli Studi della Calabria, in persona del legale rappresentante p.t., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio per legge presso la sede della stessa in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

la \*\* S.r.l., non costituita;

per l'annullamento

in parte "de qua" della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, sede di Catanzaro, n. 2304/2004 del 09.12.2004;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi della Calabria;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore per la pubblica udienza del 23 gennaio 2007 il Consigliere Politico Bruno Rosario; Uditi per le parti l' avv.to Oreste Morcavallo per delega dell'avv.to Fasanella e l' Avvocato dello Stato Maddalo;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1). Con la sentenza di estremi indicati in epigrafe il T.A.R. per la Calabria, in parziale accoglimento di ricorso proposto dalla Soc. \*\*, annullava nei limiti indicati in motivazione il decreto del Direttore Amministrativo dell' Università degli Studi della Calabria n. 190 del 28.02.2002 con il quale, in esito a procedura di gara per l'aggiudicazione di attrezzature informatiche indetta con decreto n. 33 del 26.11.2001 era disposto:

- di non approvare il verbale di aggiudicazione provvisoria in favore della \*\* S.r.l. per riscontrata inadeguatezza dell'offerta;

- di indire un nuovo esperimento di gara con le modalità previste dal decreto direttoriale n. 33/2001.

Il T.A.R. riconosceva in particolare:

- la possibilità per l' Amministrazione, in base a motivate ragioni tecniche, di non procedere all' approvazione dell'aggiudicazione provvisoria;

- che rientra nella sfera di discrezionalità della stazione appaltante di avvalersi, ai fini della scelta del contraente, della procedura già espletata con scorrimento della graduatoria, o di indire nuovo esperimento di gara;

- che tuttavia, ove l' Amministrazione si determini per la seconda delle cennate soluzioni, è tenuta ad esternare le ragioni di interesse pubblico che hanno consigliato l'abbandono della procedura di evidenza pubblica a suo tempo avviata con incisione sull'interesse del secondo classificato alla conservazione degli effetti del primo esperimento di gara.

Accolto il "petitum" di annullamento il T.A.R. respingeva, tuttavia, la domanda risarcitoria - quantificata dalla Soc. \*\* per equivalente nell' importo di euro 4131,66, pari al margine medio di utile (10/12 %) sul prezzo offerto per la fornitura - sul rilievo che "la conseguente riattivazione della discrezionale attività dell' Amministrazione preclude la condanna dell' Amministrazione al risarcimento del danno".

Avverso tale ultima statuizione, nonché la determinazione di non dar luogo alla pronunzia sulle spese del giudizio per mancata costituzione dell'Amministrazione intimata, la Soc. \*\* ha proposto atto di appello, insistendo nella pretesa risarcitoria per la lesione del legittimo affidamento dell'impresa sul buon esito della gara, pregiudicato da erronee valutazioni dell' Amministrazione sia sul piano tecnico che su quello procedurale.

In sede di note conclusive la soc. \*\* identificava, in particolare, il danno economico nel fatto di essersi approvvigionato delle apparecchiature richieste dall' Amministrazione esposte a rapida obsolescenza per la rapida evoluzione del mercato di riferimento, anche in relazione ai tempi per la definizione del contenzioso in sede amministrativa.

L' Università degli Studi della Calabria si costituiva in giudizio opponendosi all'accoglimento del ricorso e sottolineando che con decreto direttoriale n. 264 del 27.01.2005 l' Ateneo aveva dato esecuzione alla sentenza del T.A.R., esplicitando in motivazione le ragioni che avevano indotto alle precedenti determinazioni (opportunità di rinnovare la gara per il numero esiguo di partecipanti al primo esperimento).

All'udienza del 23 gennaio 2007 l'appello è stato trattenuto per la decisione.

1). L' appello è infondato nella parte in cui si rinnova la pretesa risarcitoria, commisurata in misura percentuale sul valore del contratto di fornitura di attrezzature informatiche.

Come in precedenza esposto il primo giudice - accertata la correttezza della scelta della stazione appaltante di non disporre l'aggiudicazione definitiva alla ditta prima in graduatoria, perché giustificata da esterne ragioni di carattere tecnico - rilevava tuttavia l'illegittimità delle contestuale

determinazione di non procedere all'affidamento della fornitura al secondo graduato per violazione delle regole del giusto procedimento e dell'obbligo di motivazione.

L'annullamento, fondato su aspetti di illegittimità formale, consentiva quindi la riedizione dell'atto con emenda dei vizi riscontrati.

Solo a seguito della rinnovazione dell'atto annullato dal T.A.R. era, pertanto, possibile verificare la fondatezza o meno della domanda risarcitoria, configurandosi l'interesse a rivestire la qualità di aggiudicatario di carattere pretensivo, rispetto al non contestato potere discrezionale di cui dispone l'Amministrazione (ove nulla al riguardo preveda il bando di gara) di procedere o meno all'aggiudicazione al concorrente collocato al secondo posto in graduatoria, e non di natura oppositiva, per l'assenza di collegamento ad un bene della vita già esistente nella sfera economica e giuridica del privato.

1.1). L'Università appellata, in sede di note difensive, ha posto in rilievo che con decreto direttoriale n. 264 del 27.01.2005, in esecuzione della sentenza che si appella, sono state esplicitate le ragioni giustificative della scelta di dar luogo ad una nuova gara in relazione all'esiguo numero di offerte pervenute in occasione del primo esperimento.

La mancata soddisfazione dell'interesse pretensivo della Soc. \*\* ad effettuare la fornitura non si collega quindi ad una condotta colposa dell'Amministrazione, che non abbia proceduto all'aggiudicazione, ad esempio, per erroneità nella valutazione dell'offerta tecnica o dei requisiti di partecipazione, ma sul riscontro del dato oggettivo dell'esiguo numero dei concorrenti che avevano partecipato all'esperimento di gara. La scelta discrezionale di rinnovare il concorso non risulta essere stata contestata dall'odierno appellante che, anzi, ha vi ha prestato acquiescenza partecipando al successivo esperimento di gara.

Il numero esiguo dei concorrenti che ha indotto a non disporre l'aggiudicazione costituisce evento del tutto casuale, non riconducibile ad omissioni della stazione appaltante quanto alla divulgazione del bando.

La determinazione di non procedere all'aggiudicazione, per dar luogo ad una nuova selezione sulla base di un maggior numero di offerte, non viola quindi le regole di correttezza, imparzialità, buon andamento cui deve conformarsi l'esercizio dell'azione amministrativa, e ciò esclude che possa avere ingresso la domanda di risarcimento per la mancata aggiudicazione della fornitura all'odierna appellante nella qualità di seconda in graduatoria una volta accertata l'inadeguatezza sotto il profilo tecnico dell'offerta del concorrente collocato al primo posto.

2). Fondata è, invece, la contestazione della Soc. \*\* in ordine alla statuizione del primo giudice che ha omesso di pronunciarsi sulla liquidazione delle spese del giudizio "in ragione della mancata costituzione della pur intimata Amministrazione".

Il fatto che in convenuto non sia formalmente presente nel giudizio non esime tuttavia il giudice adito dallo statuire sul riparto fra le parti in causa delle spese ed oneri del giudizio secondo le regole dettate dall'art. 91 e segg. cod. proc. civ.

In riforma del punto di decisione gravato le spese ed onorari del giudizio di primo grado vanno poste a carico dell'Amministrazione soccombente e si liquidano in euro 3.000/00 (tremila/00) in favore della Soc. \*\*.

Le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie l'appello in epigrafe nei limiti di cui al punto 2) della motivazione; per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, condanna l'Università intimata al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio di primo grado per complessivi euro 3.000/00 (tremila/00).

Compensa fra le parti le spese ed onorari relativi al giudizio di appello.

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

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez. VI - nella Camera di Consiglio del 23 gennaio 2007, con l'intervento dei Signori:

Gaetano Trotta

Presidente

Sabino Luce  
Paolo Buonvino  
Domenico Cafini  
Bruno Rosario Polito

Consigliere  
Consigliere  
Consigliere  
Consigliere Est.

Presidente  
GAETANO TROTTA  
Consigliere  
BRUNO ROSARIO POLITO

Segretario  
GLAUCO SIMONINI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....24/04/2007  
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)  
Il Direttore della Sezione  
MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO  
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria