



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3753 del 2021, proposto da

Sara Valaguzza e Martino & Partners S.r.l., rappresentati e difesi dall'avvocato Monica Lauro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Cultura - Parco Archeologico di Ercolano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria *ex lege* in Napoli, via Diaz 11;

per l'annullamento

- del decreto n. 230 del 29 luglio 2021, comunicato mediante il portale “acquistinretepa” in pari data, recante la <<revoca in autotutela della procedura n. 2818617 per l'affidamento di “Servizi legali e amministrativi” relativi all'istituto del partenariato per l'innovazione ai sensi dell'art. 65 del d.lgs. 50/2016 e ss.mm. e ii. CIG: Z893002C49”, non ancora efficace, della lettera d'invito e di tutti gli atti connessi e conseguenti posti in essere>>;

- del provvedimento, privo di data, comunicato a mezzo pec all'indirizzo della mandataria il 31 agosto 2021, con il quale la revoca è stata confermata non accogliendo l'istanza di autotutela proposta dagli offerenti il 5 agosto 2021;

c) di ogni altro atto allo stesso preordinato, presupposto, consequenziale e/o, comunque, connesso, ancorché allo stato non conosciuto;

e per la condanna al risarcimento del danno consequenziale e,

in via subordinata, per la condanna alla corresponsione dell'indennizzo ai sensi dell'art. 21 *quinqüies* della L. n. 241/1990 e s.m.i.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Parco Archeologico di Ercolano;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 21 gennaio 2025 la dott.ssa Mara Bertagnolli e lette le note d'udienza con cui il procuratore di parte ricorrente ha chiesto che la controversia fosse trattenuta in decisione sulla scorta degli scritti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I ricorrenti, dopo aver singolarmente manifestato il proprio interesse ad essere invitati a partecipare alla gara per l'affidamento del servizio di consulenza per la redazione di un bando di gara finalizzato all'affidamento del servizio di "Sviluppo e realizzazione di interventi mirati al restauro di manufatti archeologici carbonizzati e di teche innovative per la loro conservazione e valorizzazione sul sito di Ercolano" e aver separatamente ricevuto l'invito ad offrire nel quale si rappresentava che solo due soggetti, tra quelli che ne avevano fatto richiesta, sono stati invitati, hanno formulato un'unica offerta manifestando la volontà di costituire un raggruppamento temporaneo di imprese.

Con il ricorso in esame essi chiedono l'annullamento della revoca di tutti gli atti relativi alla gara, disposto dalla stazione appaltante proprio in ragione del fatto che, dopo l'esclusione di alcuni dei soggetti che hanno chiesto di essere invitati alla gara, gli odierni ricorrenti – unici soggetti invitati, i quali avevano presentato manifestazioni di interesse come soggetti singoli e separati - hanno risposto all'invito ad offrire presentando un'unica offerta congiunta, anziché due offerte diverse, tra di loro in concorrenza.

La pretesa fatta valere è fondata sulla deduzione dei seguenti motivi di ricorso:

1. violazione e/o falsa applicazione dell'art. 48, comma 11, del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché dell'art. 5 della Lettera di Invito che lo richiama, a tenore del quale *"In caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti"*;
2. violazione dell'art. 95, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, ai sensi del quale *"Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito"*, nonché dell'art. 15 della lettera d'invito;
3. violazione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016 – parimenti richiamato dalla Lettera di invito (*"Affidamento, ex art. 36 d.lgs. n. 50/16 e ss.mm.ii."*) – il quale consente (comma 2, lett. a)), di procedere mediante affidamento diretto nel caso di affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro *"anche senza previa consultazione di due o più operatori economici"*;
4. violazione e falsa applicazione dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, nonché dell'art. 3 della medesima legge per carenza di motivazione della scelta di revoca fondata

sull'erroneo presupposto che l'offerta non potesse essere presentata in forma congiunta da due soggetti che avevano separatamente chiesto di essere invitati.

Nel 2021, la stazione appaltante si è costituita in giudizio rappresentando come nella lettera di invito trasmessa agli odierni ricorrenti (separatamente e senza rendere noto il nominativo dell'altro) fosse evidenziato come solo due dei soggetti che hanno manifestato interesse sono stati ritenuti idonei e, dunque, invitati a presentare offerta. La necessità di garantire l'anonimato degli altri concorrenti sarebbe, a detta della stazione appaltante, significativa al fine di dimostrare la fondatezza della tesi fatta propria dalla stessa, secondo cui due soggetti che hanno chiesto di essere invitati separatamente non possono poi accordarsi per la presentazione di un'offerta unica, pena la violazione dei principi della concorrenza, oltre che del buon andamento dell'amministrazione.

La presentazione di un'unica offerta, infatti, restringendo la platea dei concorrenti, avrebbe precluso la possibilità di un libero confronto tra due offerte diverse per individuare la più conveniente. Proprio per tali ragioni, il RUP, ravvisata, da subito, l'intervenuta e consapevole limitazione della libertà di scelta della stazione appaltante e la conseguente violazione dei principi di effettiva concorrenza, competitività, economicità ed efficienza di cui agli artt. 95 co. 1 e 12, 30 co.1 e 36 co. 1 del d.lgs. n. 50 del 2016, non ha nemmeno proceduto all'esame dell'offerta presentata.

In vista dell'udienza pubblica fissata per il 21 gennaio 2025, solo parte ricorrente ha depositato una memoria, ribadendo la fondatezza di quanto già sostenuto in ricorso ed insistendo per il risarcimento del danno subito sia a titolo di danno *curriculare*, sia a titolo di perdita di *chance* (in particolare lo studio Valaguzza avrebbe rinunciato a partecipare alla gara per l'affidamento di un servizio analogo per l'importo di 55.000 euro), chiedendone la quantificazione in via equitativa.

In via subordinata è richiesta la corresponsione dell'indennizzo ex art. 21 *quinquies*, comma 1, ultimo periodo, della l. n. 241/1990, dal momento che l'aggiudicazione della gara sarebbe stata certa per i ricorrenti, unici offerenti.

Alla pubblica udienza per lo smaltimento dell'arretrato fissata per il 21 gennaio 2025, la causa è stata trattenuta in decisione, come da conforme richiesta in atti di parte ricorrente.

DIRITTO

La domanda caducatoria formulata con il ricorso in esame merita positivo apprezzamento.

Nessuna norma vieta che due soggetti che hanno separatamente chiesto di essere invitati a partecipare alla gara presentino un'offerta unica.

Al contrario, nelle procedure articolate su più segmenti procedimentali (procedure ristrette, negoziate, dialogo competitivo), la giurisprudenza ammette pacificamente la modificazione soggettiva dell'operatore partecipante prima della presentazione dell'offerta, anche perché lo stesso art. 48, comma 9, secondo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016, applicabile *ratione temporis* al caso, vietava “*Salvo quanto disposto ai commi 17 e 18, (...) qualsiasi modificazione alla*

composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta", rendendo immutabile la composizione soggettiva dell'offerente solo a seguito della presentazione dell'offerta. Ciò implicitamente ammetteva la possibilità della modificazione soggettiva nella fase compresa tra la manifestazione di interesse a partecipare alla gara e la presentazione dell'offerta dopo il ricevimento dell'invito ad offrire.

Quanto al caso di specie, la procedura di affidamento diretto sotto-soglia non conteneva alcun divieto a presentare offerta congiunta da parte di operatori qualificatisi singolarmente.

Il Collegio ritiene, quindi, di poter condividere quanto affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 1548/2014, nella quale si è chiarito che "il principio di immodificabilità soggettiva viene in rilievo soltanto all'indomani della presentazione dell'offerta e non nelle fasi di gara a questa precedente. Del resto anche dal punto di vista letterale sia l'art. 37, comma 12, che l'art. 125, comma 11, d.lgs. n. 163/2006, fanno riferimento alla nozione di "operatore economico" e di "candidato", ossia di un soggetto che ancora deve presentare la propria offerta. Un'opposta interpretazione non potrebbe armonizzarsi con il testo del comma 9 dell'art. 37, d.lgs. n. 163/2006, che vieta la modificazione della composizione delle a.t.i. all'indomani dell'offerta." ... *omissis*... "in assenza di un esplicito divieto contenuto nella *lex specialis*, stante la riconosciuta possibilità per gli operatori economici invitati di costituire associazioni temporanee di imprese, sarebbe irragionevole ritenere possibile una modificazione soggettiva delle a.t.i. costituite o costituite e non consentire che gli operatori economici invitati possano utilizzare lo stesso strumento."

Conclusioni che la giurisprudenza ha ritenuto di confermare anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 50 del 2016, che nulla ha innovato in ordine alla possibilità di modificare (e, quindi, anche di farvi ricorso) i raggruppamenti temporanei prima della presentazione delle offerte e, dunque, nella fase tra la pre-qualificazione e la gara vera e propria (cfr. TAR Trieste, sentenza n. 259/2018).

Ammissa, quindi, la possibilità, per due soggetti interessati a partecipare in raggruppamento temporaneo, di presentare un'unica offerta, così come previsto dal codice dei contratti, a ciò non poteva ostare, nel caso di specie, la *lex specialis* della gara in questione, che non precludeva la valutazione della eventuale sola proposta contrattuale pervenuta.

La scelta della stazione appaltante di rinunciare all'affidamento dell'incarico avrebbe, quindi, dovuto essere motivata evidenziando la rispondenza di tale *modus operandi* all'interesse pubblico sulla scorta dell'esito negativo - in termini di legittimità (ancorché per ragioni diverse dalla natura di raggruppamento dell'offerente, già ritenuta ammissibile per quanto sin qui rappresentato) e/o in termini di economicità - della valutazione dell'offerta presentata.

L'art. 15 della lettera d'invito prevedeva, infatti, che "*Il Parco si riserva di procedere allo svolgimento della gara anche in presenza di una sola offerta valida, fermo restando che, come*

disciplinato dall'art. 95, comma 12 del Codice, ha facoltà di non procedere all'aggiudicazione nel caso in cui nessuna delle offerte presentate venga ritenuta conveniente o idonea in relazione all'oggetto 5 del contratto senza che i concorrenti possano vantare diritti o aspettative di sorta."

Nel caso di specie, come dalla stessa stazione appaltante confermato, l'offerta presentata non è stata oggetto di valutazione, con la conseguenza che la scelta di revocare la procedura di gara risulta essere totalmente priva di motivazione.

Né può condividersi la tesi, sostenuta dalla stazione appaltante, secondo cui solo la presentazione di due offerte indipendenti sarebbe stata necessaria, in quanto unica ipotesi "in grado di assicurare il soddisfacimento del criterio di aggiudicazione espressamente prescelto, ossia quello del prezzo più basso" ex art. 95 e 36 co. 9 bis d.lgs. n. 50/2016" (cfr. memoria difensiva, p. 6). La scelta di tale criterio di aggiudicazione non può di per sé precludere l'aggiudicazione se l'unica offerta presentata risulta valida.

La facoltà di non aggiudicazione, infatti, rientra nei poteri discrezionali della stazione appaltante e la decisione è conseguenza di un apprezzamento di merito riservato a quest'ultima, sindacabile in sede giurisdizionale solo qualora sia manifestamente illogico o viziato da travisamento dei fatti (cfr. Cons. Stato, IV, 31 maggio 2007, n. 2838).

Come ricordato nella sentenza del Consiglio di Stato n. 6725/2018, <<Si tratta di un giudizio di convenienza sul futuro contratto, che, come già rilevato in diversi precedenti giurisprudenziali, "consegue, tra l'altro, ad apprezzamenti sull'inopportunità economica del rapporto negoziale per specifiche ed obiettive ragioni di interesse pubblico ed anche alla luce, se del caso, di una generale riconsiderazione dell'appalto, nell'esercizio ampi di poteri in funzione di controllo, non condizionati, quindi, dalle valutazioni tecniche del seggio di gara" (cfr. Cons. Stato, III, 4 settembre 2013 n. 4433).

Condivisibile è altresì l'affermazione giurisprudenziale ulteriore per la quale il giudizio della stazione appaltante va adeguatamente motivato, dovendo risultare in termini puntuali e specifici gli elementi di inidoneità che giustificano la mancata aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, V, 11 giugno 2013, n. 3215 e id., III, 20 aprile 2015, n. 1994), allo scopo di rendere palesi i risultati dell'istruttoria e le modalità con le quali questa è stata condotta (cfr. Cons. Stato, III, 10 agosto 2016, n. 3599). >>.

E ciò deve ritenersi valere non solo in presenza di più offerte, ma anche quando l'offerta presentata sia unica, con la conseguenza che, in tal caso, la stazione appaltante non può non procedere all'aggiudicazione se non motivando tale scelta dando conto di una ragione diversa dal fatto che l'offerta è unica, prevedibilmente riconducibile alla non economicità della stessa che, però, non può essere valutata in concreto se non procedendo all'esame della medesima.

La facoltà di non aggiudicare la gara, infatti, risponde ad una valutazione dell'interesse pubblico da parte della stazione appaltante che trova fondamento nel principio generale di buon andamento, che impegna le pubbliche amministrazioni all'adozione di atti quanto più possibile

coerenti e proporzionali alle esigenze effettive di acquisizione dei beni, servizi e lavori necessari per la realizzazione dei loro compiti (TAR Veneto, sentenza n. 20/2019) e tale principio vale anche nel caso di offerta unica (Cons. Stato, sentenza n. 6725/2018).

L'ora riportata conclusione appare, del resto, perfettamente in linea con la previsione della *lex specialis* che riservava al Parco la facoltà di procedere allo svolgimento della gara anche in presenza di una sola offerta valida, così implicitamente riconoscendo che possa rispondere all'interesse pubblico lo svolgimento della gara anche a fronte di un unico offerente. Il prosieguo dell'art. 15, inoltre, mette bene in evidenza come la scelta di non procedere all'aggiudicazione avrebbe dovuto essere subordinata all'accertamento dell'inadeguatezza delle offerte presentate (fossero esse più d'una o una sola).

La possibilità dell'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta risulta, inoltre, perfettamente in linea anche con la previsione dell'art. 36 del d.lgs. 50 del 2016, il quale avrebbe consentito, dato l'importo del servizio oggetto di appalto, di procedere anche all'aggiudicazione senza previa consultazione di due o più operatori economici.

Deve, dunque, ravvisarsi l'illegittimità dell'impugnata revoca degli atti di gara, con conseguente accoglimento della domanda caducatoria.

Quanto al risarcimento, il suo riconoscimento postula, in linea di principio, che l'amministrazione abbia violato il dovere di buona fede e che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento e che questo affidamento non sia a propria volta inficiato da colpa (Cons. Stato, sentenza n. 10221/2023).

Condizioni che il Collegio ritiene di poter ravvisare nella fattispecie in ragione di tutto quanto più sopra chiarito.

Quanto alla quantificazione del danno dovuto, deve premettersi che l'illegittima revoca ingenera la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante, con la conseguenza che esso deve comprendere sia il danno emergente, che il lucro cessante *ex art. 1223 c.c.*

Vale, però, il principio per cui, anche in tema di danni da responsabilità precontrattuale, va fatta invero applicazione, con i dovuti adattamenti, dei principi enunciati dalla Adunanza plenaria nella pronuncia n. 2/2017, a mente della quale il danneggiato deve "offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito", poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (*ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.*); quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra amministrazione e privato la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del predetto principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c.".

Nella fattispecie in esame tale prova è mancata, essendo del tutto insufficiente il mero riferimento al fatto che la partecipazione alla gara in questione avrebbe “impedito ai ricorrenti di accrescere le proprie skills professionali e ha fatto sì che i medesimi rinunciassero a partecipare ad altre gare”: circostanze che rimangono del tutto indimostrate e con riferimento alle quali non vi è nemmeno un’ipotesi di quantificazione del pregiudizio economico subito.

È pur vero che parte ricorrente ha chiesto la determinazione del risarcimento in via equitativa, ma l’istanza non può trovare accoglimento alla luce della costante ed uniforme giurisprudenza che ha chiarito come il potere di liquidare il danno in via equitativa, conferito al giudice dall’art. 1226 cod. civ., dia luogo ad un giudizio di diritto caratterizzato dalla cosiddetta equità giudiziale correttiva od integrativa, la quale incontra l’unico limite di non potere surrogare il mancato accertamento della prova della responsabilità del debitore o la mancata individuazione della prova del danno nella sua esistenza (Cass. ordinanza n. 19111 del 6 luglio 2023, che richiama Cass. 29 aprile 2022, n. 13515; Cass. 22 febbraio 2018, n. 4310; Cass. 12 ottobre 2011, n. 20990). Dunque, l’accertamento del pregiudizio della cui liquidazione si tratta presuppone che sia stato già assolto l’onere della parte di dimostrare la sussistenza e l’entità materiale del danno: ciò che è mancato nel caso di specie.

Né può essere riconosciuta fondatezza alla pretesa ad ottenere l’indennizzo *ex art. 21 quinquies*, comma 1 della legge n. 241 del 1990.

Come chiarito nella sentenza del Consiglio di Stato, n. 2358 del 2020, dalle cui conclusioni il collegio non ravvisa ragione di discostarsi, “Deve escludersi che la revoca degli atti di gara, da cui consegua un pregiudizio, comporti l’obbligo di pagamento, in favore dei concorrenti, dell’indennizzo previsto dall’art. 21-quinquies l. n. 241 del 1990, per un verso in quanto l’indennizzo è dovuto esclusivamente in favore dei soggetti direttamente interessati, cioè i soggetti cui il provvedimento di revoca sottrae una utilità ovvero un bene della vita già acquisito al relativo patrimonio, e tali non sono gli operatori economici per il solo fatto della formulazione di un’offerta in sede concorsuale (Consiglio di Stato, sez. V, 21 maggio 2018, n. 2025); per altro verso, prima del provvedimento di aggiudicazione definitiva, non sussistono posizioni di affidamento qualificato, meritevoli di tutela compensativa indennitaria.”.

Nel caso di specie non vi è prova del legittimo affidamento nell’aggiudicazione della gara, atteso che non è dimostrato che l’offerta, se valutata, avrebbe risposto ai parametri attesi e, quindi, sarebbe stata ritenuta ammissibile e accettabile dalla stazione appaltante.

Quanto alle spese del giudizio, le stesse non possono che essere poste a carico della stazione appaltante, dovendosi applicare l’ordinaria regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e per l’effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Amministrazione resistente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida, a favore, di parte ricorrente, in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre ad accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2025, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 87, comma 4 bis, c.p.a. con l'intervento dei magistrati:

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

Roberto Ferrari, Referendario

L'ESTENSORE
Mara Bertagnolli

IL PRESIDENTE
Guglielmo Passarelli Di Napoli

IL SEGRETARIO