

Discrezionalità della Pubblica Amministrazione nel non procedere all'aggiudicazione della gara.

È legittima la facoltà della Stazione Appaltante di non aggiudicare la gara nel caso di offerta non conveniente od idonea se questo risponde ad un'immanente valutazione dell'interesse pubblico attuale da parte del committente che prescinde dall'esistenza di vizi di legittimità.

Il T.A.R. del Friuli Venezia Giulia, con ordinanza, sez. I, del 14 settembre 2024, n. 70, si è pronunciata sul ricorso promosso da un operatore economico che chiedeva l'annullamento della determinazione di non aggiudicazione del servizio oggetto della gara bandita (gestione del caffè Contanera), adottata dal Comune di Udine nonché di tutti i verbali della gara.

Il Tribunale di prime cure ha rigettato l'istanza cautelare e il ricorso nella sua interezza non ravvisando, nella scelta operata dalla Stazione appaltante, motivi sindacabili in sede giurisdizionale di manifesta illogicità e/o irragionevolezza ovvero travisamento fattuale.

- **Motivi della decisione**

L' articolo 108, comma 10, del D.lgs. n. 36/2023 prevede che: *“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 invito nelle procedure senza bando e può essere esercitata non oltre il termine di trenta giorni dalla conclusione delle valutazioni delle offerte”*.

La facoltà di non aggiudicare la gara bandita, secondo quanto previsto dal citato articolo, **rientra** – come affermato dalla giurisprudenza formatasi in vigenza di analoghe norme contenute nei precedenti Codici dei contratti¹ – **nei poteri ampiamente discrezionali della stazione appaltante stessa** e risponde alla valutazione, da parte della stessa, dell'interesse pubblico, che trova fondamento nel principio generale di buon andamento.

Di conseguenza la Pubblica Amministrazione ha il dovere di adottare gli atti quanto più possibile coerenti e proporzionali agli obiettivi perseguiti con la gara.

La decisione della stazione appaltante di non procedere all'aggiudicazione della gara nei casi in cui nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto si concretizza in un giudizio di convenienza sul futuro contratto, che consegue, tra l'altro:

- ad apprezzamenti sull'inopportunità economica del rapporto negoziale per specifiche ed obiettive ragioni di interesse pubblico;
- a una generale riconsiderazione dell'appalto, nell'esercizio ampio di poteri in funzione di controllo, non condizionati, quindi, dalle valutazioni tecniche del seggio di gara.

¹ L'Amministrazione appaltante può avvalersi della facoltà dell'art. 95, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016 (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. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito”*), nel caso in cui essa sia prevista espressamente nella *lex specialis* ed anche nel caso di offerta unica rimasta in gara (Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza 27 novembre 2018 n. 6725, TAR Veneto, Sez. I, sentenza 7 gennaio 2019, n. 20. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 27 novembre 2018, n. 6725, Consiglio di Stato, III, sentenza 10 agosto 2016, n. 3599).

Tale facoltà, infatti, compete alla stazione appaltante e non alla commissione di gara e il relativo provvedimento di non aggiudicazione, va adottato dalla stazione appaltante come atto conclusivo della procedura.

Considerata la natura ampiamente discrezionale della decisione di cui si discute, la stessa, come confermato nella sentenza *de quo*, è sindacabile in sede giurisdizionale solo per manifesta illogicità e/o irragionevolezza ovvero per travisamento fattuale. Il giudice è chiamato unicamente a ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale, anche in riferimento alla regola tecnica adottata, la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'iter logico seguito dalla stazione appaltante, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato. Si tratta spesso di valutazioni complesse e caratterizzate da un margine di opinabilità.

Nella decisione del TAR in esame, il Giudice non ha ravvisato i vizi anzidetti, *in primis*, in quanto tale facoltà, come recita l'articolo 108 comma 10 del Codice dei Contratti, trovava puntuale previsione nella *lex specialis* di gara; in secondo luogo in quanto la proposta tecnico – organizzativa presentata dall'operatore economico è stata valutata non adeguata sulla base dei puntuali criteri e sub – criteri specifici descritti nel disciplinare di gara che hanno portato la stazione appaltante a ritenere non adeguata l'offerta.

- **Conclusioni**

Confermando l'orientamento prevalente, il TAR, nella sentenza in esame, ha nuovamente ribadito l'ampio margine di discrezionalità conferito alla stazione appaltante nella valutazione dell'idoneità dell'offerta rispetto alle esigenze che hanno portato all'indizione della gara. Tale prerogativa è radicata nel principio di buon andamento della pubblica amministrazione ed è stata, tra l'altro, rafforzata nel nuovo Codice attraverso il principio del risultato².

Detto margine di discrezionalità si accompagna a un **onere di motivazione rafforzato**, che deve estendersi alle ragioni di convenienza o idoneità complessive delle offerte presentate nonché rendere palese i risultati dell'istruttoria e le modalità con le quali essa è stata condotta.

Il Tribunale ha, quindi, concluso respingendo il ricorso e affermando che, nel caso specifico, la stazione appaltante aveva perseguito il proprio legittimo interesse, ispirato al più volte citato principio di buon andamento, laddove aveva deciso di non aggiudicare la gara al concorrente che aveva presentato un'offerta inidonea a garantire il raggiungimento degli obiettivi indicati nella documentazione di gara.

² Nello specifico, il TAR Campania con la sentenza n. 5528 del 10 ottobre 2023 in esame il potere previsto dall'art. 95, comma 12, del codice dei contratti pubblici (d. lgs. 50/2016) così recita: «*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*». Tale potere, riprodotto dall'art. 108, comma 10 del Codice appalti vigente, «*conferisce alla stazione appaltante, una prerogativa ampiamente discrezionale, radicata nel principio generale di buon andamento della pubblica amministrazione e oggi, come sottolineato dallo stesso Collegio, ancor più rilevante alla luce del principio del risultato enunciato nel nuovo codice appalti che benché non applicabile ratione temporis alla procedura, costituisce un rilevante riferimento ermeneutico*»