

APPALTI: Aeroporti - Affidamento in concessione - Revoca dell'intera procedura di gara in fase avanzata, al fine della sua riedizione sulla base di nuovi presupposti e criteri - Illegittimità.

Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2021, n. 1415

- in *Giurisprudenza Italiana*, 1, 2022, pag. 173 e ss., con commento di Marco Ceruti, *La revoca dell'intera procedura di gara per potenziale soccombenza è illegittima.*

“[...] la revoca dell'intera procedura di gara eccede la misura, poiché, azzerando l'intera procedura di scelta quando era giunta ad una fase molto avanzata – essendo già stato adottato un primo provvedimento di aggiudicazione che il giudice amministrativo aveva sì annullato ma senza disporre l'esclusione dell'operatore economico, e solo ordinando la rinnovazione di una fase della procedura – ha comportato la ritardata attuazione, o, comunque, il prolungato rinvio (considerati i tempi di una ordinaria procedura di affidamento di concessione) della realizzazione dell'interesse pubblico, che lo stesso Ente aveva riconosciuto nella valorizzazione dello scalo aeroportuale di Capua mediante affidamento della concessione al migliore offerente.

Il provvedimento impugnato è, pertanto, illegittimo per eccesso di potere per sviamento: la revoca della procedura non è servita a rivedere una decisione apparsa, trascorso tempo, inopportuna o non conveniente – chè, anzi, della scelta di concedere in affidamento la gestione dell'aeroporto l'amministrazione ha continuato a dirsi sicura – come pure, va detto, ad eliminare vizi degli atti di gara originariamente assunti – chè a tale profilo v'è solo un fugace accenno nella nota della Direzione analisi giuridiche e contenzioso, non ripresa, né meglio specificata nel provvedimento di revoca – ma, come evidenziato dal giudice di primo grado, che, poi, però, non ne ha colto appieno il disvalore funzionale, è stata indotta da una strategia meramente precauzionale e cautelativa che, di principio, va detta estranea all'azione amministrativa, pena la sua inevitabile paralisi [...]”.

FATTO

1. Con bando pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana il 17 novembre 2017 l'E.n.a.c. – Ente nazionale aviazione civile indicava una procedura di gara aperta per l'affidamento in concessione ventennale della gestione dell'aeroporto “O. Salomone” di Capua.

All'esito delle operazioni di gara, con determinazione direttoriale 10 maggio 2018, la concessione era aggiudicata a Sky Services s.p.a..

1.1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania Tecnam Gestione Aeroporti s.r.l., seconda graduata, impugnava il provvedimento di aggiudicazione lamentando, tra gli altri

motivi, l'erronea valutazione dell'offerta dell'aggiudicataria per essere la stessa, per molti aspetti, inattuabile e, per questa ragione, non attendibile.

1.2. Con sentenza della prima sezione, 8 gennaio 2019, n. 96, il tribunale, respinto il ricorso incidentale di Sky Services s.p.a., accoglieva il ricorso principale con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione ed ordine ad E.n.a.c. di procedere ad una nuova valutazione dell'offerta di Sky Services s.p.a. alla luce delle indicazioni fornite in motivazione; il contratto stipulato con l'aggiudicataria era dichiarato inefficace.

1.3. In ottemperanza alla sentenza, E.n.a.c. riavviava la procedura di gara richiedendo alla commissione giudicatrice una nuova valutazione dell'offerta di Sky Services s.p.a. emendata dai profili di illegittimità individuati dal giudice amministrativo; la commissione giudicatrice, ribassava il punteggio attribuito alla concorrente, la quale, nondimeno, risultava ancora prima graduata.

1.4. I verbali della commissione giudicatrice erano trasmessi alla Direzione analisi giuridiche e contenzioso dell'Ente, la quale rilevava che: *“...nei verbali emerge che la valutazione dell'offerta e l'attribuzione dei punteggi sono state fatte sulla base di elementi che il GA stesso, considerando anche la documentazione pubblicata dall'Ente, ha affermato essere inattendibili e non valutabili con la conseguenza che la Commissione non appare ottemperare alla sentenza del TAR citata”*.

Aggiungeva, inoltre, che: *“L'aggiudicazione alla società Sky Services, per quanto sopra riportato, esporrebbe l'Ente a un nuovo giudizio con esito presumibilmente analogo a quello di cui alla predetta sentenza...”*.

La proposta della Direzione era, pertanto, di revocare la procedura di gara e procedere alla sua riedizione sulla base di nuovi presupposti e criteri, dando modo ai concorrenti di presentare offerte diverse da quelle già note, e così garantire anche *“la risoluzione di alcune problematiche rinvenibili nella documentazione di gara”*.

1.5. Con provvedimento direttoriale del 30 aprile 2019 era, infine, disposta la revoca del bando di gara, del disciplinare e della documentazione di gara, con conseguente caducazione di tutti gli atti derivati, a tutela dell'interesse pubblico e sulla base, sostanzialmente, delle considerazioni svolte dalla Direzione analisi giuridiche e contenzioso dell'Ente, riconoscendo in essi *“concreti motivi di interesse pubblico tale da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare l'affidamento della gara”*.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania Sky Services s.p.a. impugnava il provvedimento di revoca e gli atti presupposti sulla base di tre motivi, integrati da motivi aggiunti.

Nella resistenza di E.n.a.c. e di Tecnam Gestione aeroporti s.r.l., con sentenza della sezione prima, 1° settembre 2019, n. 3711, erano respinti il ricorso e i motivi aggiunti con condanna della ricorrente al pagamento delle spese di lite nei confronti della stazione appaltante e della controinteressata.

Il tribunale:

- rammentate le ragioni che l'avevano indotto, con la sentenza n. 96 del 2019, ad annullare il provvedimento di aggiudicazione e ripercorso il contenuto degli atti successivi alla pubblicazione della sentenza, riteneva non illogica né irragionevole la decisione dell'Ente di revocare la procedura di gara per due motivi:

a) in quanto l'effetto conformativo della sentenza non aveva eliso il potere dell'amministrazione di intervenire nei tratti lasciati liberi dalla pronuncia giurisdizionale e, dunque, considerate le notevoli criticità riscontrate nel precedente giudizio nella valutazione fatta dalla commissione dell'offerta dell'aggiudicataria, che avevano indotto a disporre il riesame, *“nulla impediva...alla stazione appaltante, una volta effettuata tale valutazione, di procedere alla revoca della gara”*;

b) ispirato ad un *“atteggiamento di prudenza e di responsabilità che risulta immune dalle censure articolate dalla ricorrente”* la decisione dell'Ente di revocare la gara dinanzi alla rinnovata valutazione della commissione, la quale, pur condividendo tutte le criticità evidenziate nel precedente giudizio, non aveva considerato l'offerta inattendibile e irragionevole, da cui la considerazione del giudice per la quale *“stride...con il percorso motivazionale evidenziato nei verbali della commissione l'esito finale della gara che è rimasto immutato, in quanto Sky Services è stata nuovamente designata come la migliore”*;

- precisava che la revoca del bando, per essere intervenuta prima del provvedimento di aggiudicazione, non dava luogo ad indennizzo ex art. 21 – *quinquies* l. n. 241 del 1990 poiché detta disposizione riguarda i soli provvedimenti ad effetti durevoli, e per essere legittimo il provvedimento non era dovuto il risarcimento del danno.

3. Propone appello Sky Services s.p.a.; si è costituito E.n.a.c. e Tecnam Gestione aeroporti s.r.l..

Tecnam ha depositato memoria ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm..

All'udienza del 21 gennaio 2021 la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

1. L'appello di Sky Services s.p.a. è articolato in plurimi motivi che possono essere congiuntamente esaminati.

Nel primo, l'appellante lamenta l'omessa pronuncia sui motivi del ricorso introduttivo rivolti a far valere l'illegittimità del provvedimento di revoca per violazione delle norme sul procedimento

amministrativo: la revoca era stata assunta senza previa comunicazione di avvio del procedimento di riesame, indispensabile per la natura discrezionale dell'atto e la necessità di acquisire le considerazioni dei suoi destinatari di cui tener conto nella motivazione del procedimento.

Successivamente (nel secondo motivo) l'appellante lamenta l'omessa pronuncia del giudice di primo grado sulle censure dirette a dimostrare come il provvedimento impugnato fosse stato assunto in assenza dei presupposti della revoca dall'art. 21 – *quinquies* l. 7 agosto 1990, n. 241, per essere: a) insussistenti sopravvenuti motivi di interesse pubblico, che avrebbero reso necessario riconsiderare la scelta di affidare in concessione la gestione dell'infrastruttura; b) immutata la situazione di fatto rispetto al momento dell'adozione dell'atto revocato; c) mancante una nuova valutazione dell'interesse pubblico che aveva originariamente indotto l'amministrazione all'indizione della procedura di gara, non potendo, per altro verso, essere ragione idonea a fondare l'esercizio dei poteri di autotutela la preoccupazione del rischio di ulteriore contenzioso nel caso di conferma degli esiti della gara, poiché ogni atto dell'amministrazione che incide sulle aspettative dei privati è potenzialmente esposto a tale rischio.

Nel terzo motivo di appello sono ritenute “*meramente assertivi*” e “*del tutto svincolati dalle evidenze documentali*” le ragioni che avevano indotto il giudice di primo grado a ritenere condivisibile la decisione di revoca, e, segnatamente, la ritenuta inattendibilità e irragionevolezza del punteggio attribuito dalla commissione in sede di rivalutazione dell'offerta; così ragionando, era stata avallata ingiustamente la condotta dell'Ente che, nel vagliare il ragionamento della commissione, si era ingerita in una sfera di “merito tecnico”, rimesso unicamente al seggio di gara e non suscettibile di riesame da parte della stazione concedente.

Ripropono, pertanto, la censura di illegittimità del provvedimento per eccesso di potere: gli argomenti addotti a sostegno della mancata aggiudicazione della gara a suo favore, e della conseguente revoca del bando, - ed in particolare il riferimento ad un “atteggiamento di prudenza e responsabilità”, secondo le parole usate dal giudice di primo grado – sarebbero palesemente contraddittori e inadeguati a reggere una decisione che sacrifica oltremodo le sue legittime aspettative.

Ribadisce, poi, l'irragionevolezza, l'illogicità e la contraddittorietà della decisione di revoca per essere la stessa misura non idonea a conseguire gli scopi avuti di mira dall'amministrazione: l'affidamento in concessione sulla base di un'offerta tecnica adeguata alle peculiarità e vocazioni dello scalo.

Contesta, poi, nel quarto motivo alla sentenza impugnata di non aver rilevato il vizio di motivazione del provvedimento di revoca presente nei motivi di ricorso per aver l'Ente pretermesso ogni

considerazione sulla sua posizione e sul legittimo affidamento sugli atti oggetto dell'autotutela, sebbene avesse senz'altro maturato una posizione consolidata, differenziata e qualificata di interesse in ragione dell'andamento complessivo del procedimento di gara, tanto più che alla revoca del bando era seguita la manifestazione di volontà di affidare direttamente e senza gara alla Tecnam una serie di servizi nel periodo necessario alla indizione e allo svolgimento della nuova procedura selettiva.

Il quinto motivo è diretto a riproporre nuovamente la censura di violazione del principio di buona fede e correttezza per non aver atteso l'esito del giudizio d'appello avverso la sentenza di primo grado che aveva annullato la prima aggiudicazione, prima di disporre la revoca dell'intera procedura di gara, sebbene anche in sede di rivalutazione dell'offerta la commissione le avesse attribuito il miglior punteggio, così nuovamente reputando la sua la migliore offerta ricevuta dall'amministrazione, e senza considerare che dalla (nuova) proposta di aggiudicazione della commissione era decorso il tempo previsto dall'art. 32 del codice dei contratti pubbliche di consolidazione della stessa, per cui essa doveva ritenersi tacitamente approvata.

Il sesto motivo ripropone la domanda di condanna per illegittimità del provvedimento di revoca.

2. I motivi sono fondati; la sentenza di primo grado va integralmente riformata.

2.1. Emerge con chiarezza dall'esame degli atti del procedimento che la decisione dell'E.n.a.c. di revocare l'intera procedura di gara è maturata per ragioni di opportunità e, segnatamente, per evitare che un nuovo provvedimento di aggiudicazione a Sky Services s.p.a. della concessione, in quanto probabilmente non pienamente conforme alle indicazioni del giudice amministrativo, potesse essere oggetto di una nuova impugnazione e vedere in quel giudizio l'Ente ancora una volta soccombente, con probabili ricadute patrimoniali, se non in punto di danni, certamente per le spese del giudizio.

2.2. L'opportunità di evitare un probabile contenzioso all'esito del quale l'amministrazione possa risultare soccombente può essere, in linea teorica, valida ragione di riesame del provvedimento amministrativo (sicuramente, rilevati vizi di legittimità, per disporre l'annullamento d'ufficio *ex art. 21* –nonies l. 7 agosto 1990, n. 24, ma anche), per disporre la revoca (in assenza di vizi di legittimità), ma solo a condizione che appaia ora inopportuna o non conveniente la scelta precedentemente assunta (potendo rientrare tale evenienza nei “sopravvenuti motivi di pubblico interesse” di cui all'art. 21 – *quinquies* l. n. 241 del 1990; cfr. per una vicenda simile: Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2019, n. 2275), altrimenti comportando una intollerabile cesura nella cura dell'interesse pubblico primario perseguito dall'amministrazione.

2.3. Così ragionando, la decisione dell'E.n.a.c. di revocare l'intera procedura di gara risulta all'evidenza illegittima.

Per sua espressa dichiarazione, anche successivamente alla sentenza che aveva annullato la prima aggiudicazione e, poi, anche dopo che la commissione giudicatrice aveva rivalutato l'offerta di Sky Servicess s.p.a., permaneva inalterato l'interesse ad affidare in concessione l'aeroporto di Capua al miglior offerente, sol si voleva, del tutto legittimamente, che l'offerta dell'originaria aggiudicataria fosse rivalutata conformemente alle statuizioni contenute nella sentenza n. 96 del 2019.

Se tale era l'obiettivo dell'Ente, però, la revoca dell'intera procedura di gara eccede la misura, poiché, azzerando l'intera procedura di scelta quando era giunta ad una fase molto avanzata – essendo già stato adottato un primo provvedimento di aggiudicazione che il giudice amministrativo aveva sì annullato ma senza disporre l'esclusione dell'operatore economico, e solo ordinando la rinnovazione di una fase della procedura – ha comportato la ritardata attuazione, o, comunque, il prolungato rinvio (considerati i tempi di una ordinaria procedura di affidamento di concessione) della realizzazione dell'interesse pubblico, che lo stesso Ente aveva riconosciuto nella valorizzazione dello scalo aeroportuale di Capua mediante affidamento della concessione al migliore offerente.

2.4. Il provvedimento impugnato è, pertanto, illegittimo per eccesso di potere per sviamento: la revoca della procedura non è servita a rivedere una decisione apparsa, trascorso tempo, inopportuna o non conveniente – chè, anzi, della scelta di concedere in affidamento la gestione dell'aeroporto l'amministrazione ha continuato a dirsi sicura – come pure, va detto, ad eliminare vizi degli atti di gara originariamente assunti – chè a tale profilo v'è solo un fugace accenno nella nota della Direzione analisi giuridiche e contenzioso, non ripresa, né meglio specificata nel provvedimento di revoca – ma, come evidenziato dal giudice di primo grado, che, poi, però, non ne ha colto appieno il disvalore funzionale, è stata indotta da una strategia meramente precauzionale e cautelativa che, di principio, va detta estranea all'azione amministrativa, pena la sua inevitabile paralisi.

Sono sufficienti, al riguardo, due considerazioni: in primo luogo, quel che l'E.n.a.c. voleva evitare, s'è realizzato: il nuovo provvedimento assunto è stato impugnato, perchè è corretto affermare, come fa l'appellante, che ogni atto amministrativo pregiudizievole per gli interessi dei suoi destinatari è, sia pure in potenza, suscettibile di impugnazione; in secondo luogo, è truisimo riflettere sul fatto che anche la nuova procedura potrebbe essere viziata nei suoi atti e nei provvedimenti in cui sarà articolata e che ciò possa indurre, ove siano sollevate contestazioni, a nuovi annullamenti dettati da cautela in una coazione a ripetere la scelta potenzialmente senza fine.

Con i medesimi argomenti, la Sezione, con sentenza 12 febbraio 2018, n. 846, ha già ritenuto illegittimo un provvedimento di revoca adottato al dichiarato scopo di evitare un contenzioso.

2.5. La revoca, inoltre, è contraria al principio di proporzionalità per carenza dell'elemento della necessità, comportando il sacrificio in misura massima dell'interesse del primo destinatario dell'atto (cfr. sul principio di proporzionalità, Cons. Stato, sez. III, 26 giugno 2019, n. 4403; VI, 8 febbraio 2008, n. 424): l'odierno appellante aveva già ottenuto una nuova valutazione della sua offerta, risultando ancora una volta il miglior offerente.

V'era, infatti, nel caso in esame la possibilità di scelta tra vari mezzi, tutti appropriati e disponibili per superare la ritenuta difformità della rinnovata valutazione con le statuizioni contenute nella sentenza n. 96 del 2019, e tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo.

La giurisprudenza amministrativa, con riferimento al vecchio codice dei contratti pubblici ma con argomenti validi anche per le disposizioni del nuovo codice, ha riconosciuto tra i compiti del R.u.p. di una procedura evidenziale l'esercizio dei poteri di impulso rispetto agli organi della procedura, istruttori e di supporto alla commissione giudicatrice, tra i quali, in particolare, la possibilità di segnalare a quest'ultima ogni profilo delle offerte tecniche ritenuto necessario di approfondimento (e, naturalmente, in quale direzione), preservandone pur sempre le competenze valutative (in tal senso, cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019, n. 70 e le pronunce ivi richiamate).

Le perplessità e i dubbi evidenziati dalla Direzione analisi giuridiche e contenzioso nella sua nota del 18 aprile 2019, ben potevano essere, dunque, riferiti alla commissione giudicatrice perché orientasse le sue valutazioni su specifici profili dell'offerta tecnica non adeguatamente indagati o ritenuti meritevoli di un più approfondito apprezzamento.

2.6. D'altra parte, va aggiunto – ma al solo completamento del discorso – che in via di autotutela va riconosciuto alla stazione appaltante il potere di rinnovare la commissione giudicatrice originariamente nominata qualora per circostanze sopravvenute sia venuta meno la fiducia nell'idoneità dell'organo alla valutazione imparziale delle offerte tecniche. Non osta, a tal riguardo, la prescrizione dell'art. 77 (*Commissione giudicatrice*), comma 11, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 a mente del quale: *“In caso di rinnovo del procedimento di gara, a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione, fatto salvo il caso in cui l'annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione”*: come già evidenziato dalla Sezione nella sentenza 23 dicembre 2020, n. 8299, con la norma in precedenza riportata si è inteso risolvere in via legislativa alla luce del principio di economicità, di efficacia e di tempestività dell'azione amministrativa, il problema della possibilità per la commissione giudicatrice di una procedura di gara conclusasi con aggiudicazione annullata in sede giurisdizionale (ovvero in cui vi sia stato l'annullamento dell'esclusione di uno dei concorrenti), e che dunque abbia già espresso la propria valutazione sulle

offerte dei candidati, di poter procedere essa stessa al rinnovo degli atti di gara ovvero – è questo l'aspetto critico che il legislatore ha voluto dirimere – ripetere il suo giudizio sulle offerte in gara. Così intesa la ragione a fondamento della regola di cui all'art. 77, comma 11, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non può dedursene in via interpretativa che, con essa, il legislatore abbia precluso alla stazione appaltante, in ogni possibile evenienza, la sostituzione dei membri dell'originaria commissione, soprattutto se dovesse accedersi alla tesi per cui l'unica possibilità residua per la stazione, al fine di superare la sopravvenuta carenza di affidabilità della commissione (si pensi al caso di membri coinvolti in vicende penali i cui atti siano annullati in sede giurisdizionale) sia quella di riavviare l'intera procedura di gara; si tratterebbe di un effetto paradossale, poiché si finirebbe per aggravare l'azione amministrativa, addirittura imponendo un riavvio *ex novo*, laddove la regola posta dal legislatore persegue, come in precedenza detto, la finalità di rendere più rapida la ripresa della procedura in seguito ad eventuale annullamento del provvedimento di aggiudicazione in sede giurisdizionale (e, dunque, favorire la rapida ottemperanza alla sentenza per poter addivenire a nuova aggiudicazione).

2.7. In conclusione, assorbite tutte le altre questioni poste con i motivi di appello – e in particolare la sussistenza dei vizi procedurali lamentati – l'appello va accolto e la sentenza di primo grado riformata con accoglimento del ricorso di primo grado di Sky Servicess s.p.a. e conseguente annullamento degli atti impugnati.

Ogni altra domanda, dichiaratamente proposta in via subordinata, è anch'essa assorbita.

3. La peculiarità della vicenda giustifica la compensazione delle spese del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per gli effetti, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania n. 3711/2020, accoglie il ricorso di primo grado proposto da Sky Servicess s.p.a. nei termini di cui in motivazione.

Compensa tra le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2021 tenuta con la modalità di cui all'art. 4, ultimo comma, d.l. 30 aprile 2020, n. 28 cui rinvia l'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE

Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO