

TAR Campania, Sezione Prima, Sentenza n. 3258 del 20 maggio 2024

Appalti di lavori – Procedura negoziata – Gara deserta – Mancata presentazione di almeno due offerte – Una sola se offerte segrete

Publicato il 20/05/2024

N. 03258/2024 REG.PROV.COLL.

N. 04791/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4791 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...) Soc. Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in (...).

contro

Comune di (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in (...).

nei confronti

(...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

1. Della determina n. 412 del 19.10.2023 emessa dal Comune di (...) in relazione alla PROCEDURA DI GARA NEGOZIATA PER L"AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - "SPORT E PERIFERIE" e recante l'annullamento recante annullamento della gara perché è stata presentata una unica offerta valida;
2. Della delibera n. 106 del 21.08.2020 recante approvazione dello studio di fattibilità per i lavori di EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - "SPORT E PERIFERIE";
3. Delibera giunta n. 101 del 4.11.2022 recante approvazione del progetto definitivo dei . DI EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - "SPORT E PERIFERIE";
4. Determina a contratte n. 365 del 5.11.2022 con la quale è stata indetta la procedura di gara con il criterio del prezzo più basso per l'affidamento dei lavori di EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - "SPORT E PERIFERIE";
5. Determina n. 214 del 9.12.2022 del RUP che ha dichiarato deserta il primo esperimento di gara per l'affidamento dei lavori DI EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - "SPORT E PERIFERIE";
6. Attestazione del 9.6.2023 del RUP che dichiara deserta anche la seconda procedura concorsuale;
7. Determina a contratte n. 794 del 9.6.2023 emessa dal Comune di (...) e relativa

all'affidamento dei lavori DI EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - "SPORT E PERIFERIE" e se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;

8. Provvedimento del 2.10.2023 con il quale la S.A. ha anche riaperto i termini di partecipazione alla gara per l'affidamento dei lavori di DI EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - "SPORT E PERIFERIE" allungandoli dal 1.10.2023 al 19.10.2023;

9. Della nullità della previsione della lex specialis nella parte in cui consente alla PA di annullare la procedura al ricorrere della partecipazione di un unico concorrente;

10. Del bando e disciplinare se ed in quanto lesivi degli interessi dell'attuale ricorrente e nella parte in cui possono in qualche misura giustificare la scelta di annullare la procedura di gara per l'affidamento dei lavori di EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - "SPORT E PERIFERIE";

11. Del provvedimento del 19.10.2023 del Comune di (...) con il quale si decide di procedere alla indizione della gara di appalto a procedura aperta per l'affidamento dei lavori di "..DI EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - "SPORT E PERIFERIE".";

12. Nota del 2.10.2023 del Comune di (...) che proroga i termini per partecipare alla gara di appalto per l'affidamento dei lavori di "..DI EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - "SPORT E PERIFERIE".";

13. Provvedimento di rigetto della istanza presentata dal concorrente ricorrente e volta a far dichiarare irricevibili le offerte presentate da possibili concorrenti oltre il

termine di scadenza previsti dalla lex specialis di gara;

14. Di ogni altro provvedimento connesso, consequenziale, propedeutico a quelli impugnati

NONCHE" PER LA DECLARATORIA

Di inefficacia del contratto di appalto, ai sensi degli artt. 121 e ss. D.lgs. 104/10, ove medio tempore stipulato tra l'Amministrazione Appaltante e l'eventuale ulteriore aggiudicataria in via definitiva alla gara e con espressa

RICHIESTA

Della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara, per essere in possesso dei requisiti tecnico/organizzativi e per essere subito disponibile e all'immediata stipula del contratto – subentrando, quindi, in luogo dell'aggiudicataria – e all'immediato avvio di lavori messi a gara.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da (...) Soc. Coop. il 30/10/2023:

1. Della determina n. 412 del 19.10.2023 emessa dal Comune di (...) in relazione alla PROCEDURA DI GARA NEGOZIATA PER L'AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - "SPORT E PERIFERIE" e recante l'annullamento della gara perché è stata presentata una unica offerta valida;

2. Della delibera n. 106 del 21.08.2020 recante approvazione dello studio di fattibilità per i lavori di EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - "SPORT E PERIFERIE";

3. Delibera giunta n. 101 del 4.11.2022 recante approvazione del progetto definitivo dei . DI EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - "SPORT E PERIFERIE";

4. Determina a contratte n. 365 del 5.11.2022 con la quale è stata indetta la

procedura di gara con il criterio del prezzo più basso per l'affidamento dei lavori di EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - “SPORT E PERIFERIE”;

5. Determina n. 214 del 9.12.2022 del RUP che ha dichiarato deserta il primo esperimento di gara per l'affidamento dei lavori DI EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - “SPORT E PERIFERIE”;

6. Attestazione del 9.6.2023 del RUP che dichiara deserta anche la seconda procedura concorsuale;

7. Determina a contratte n. 794 del 9.6.2023 emessa dal Comune di (...) e relativa all'affidamento dei lavori DI EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - “SPORT E PERIFERIE” e se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;

8. Provvedimento del 2.10.2023 con il quale la S.A. ha anche riaperto i termini di partecipazione alla gara per l'affidamento dei lavori di DI EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - “SPORT E PERIFERIE” allungandoli dal 1.10.2023 al 19.10.2023;

9. Della nullità della previsione della lex specialis nella parte in cui consente alla PA di annullare la procedura al ricorrere della partecipazione di un unico concorrente;

10. Del bando e disciplinare se ed in quanto lesivi degli interessi dell'attuale ricorrente e nella parte in cui possono in qualche misura giustificare la scelta di annullare la procedura di gara per l'affidamento dei lavori di EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - “SPORT E PERIFERIE”;

11. Del provvedimento del 19.10.2023 del Comune di (...) con il quale si decide di procedere alla indizione della gara di appalto a procedura aperta per l'affidamento dei lavori di “..DI EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - “SPORT E PERIFERIE”.”;
12. Nota del 2.10.2023 del Comune di (...) che proroga i termini per partecipare alla gara di appalto per l'affidamento dei lavori di “..DI EFFICIENTAMENTO ENERGETICO PISCINA COMUNALE E RIQUALIFICAZIONE COMPLESSO SPORTIVO DI VIA VATICALE - “SPORT E PERIFERIE”.”;
13. Provvedimento di rigetto della istanza presentata dal concorrente ricorrente e volta a far dichiarare irricevibili le offerte presentate da possibili concorrenti oltre il termine di scadenza previsti dalla lex specialis di gara;
14. Determina a Contrarre: n. 425 del 23/10/2023 Progetto esecutivo validato con verbale redatto del 20/10/2022.
15. Bando pubblicato il 30.10.2023
16. Relazione del Dirigente depositato in Segreteria dal TAR di Napoli il giorno 27.10.2023
17. Di ogni altro provvedimento connesso, consequenziale, propedeutico a quelli impugnati

NONCHE' PER LA DECLARATORIA

Di inefficacia del contratto di appalto, ai sensi degli artt. 121 e ss. D.lgs. 104/10, ove medio tempore stipulato tra l'Amministrazione Appaltante e l'eventuale ulteriore aggiudicataria in via definitiva alla gara e con espressa

RICHIESTA

Della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara, per essere in possesso dei requisiti tecnico/organizzativi e per essere subito disponibile e all'immediata stipula del contratto – subentrando, quindi, in luogo dell'aggiudicataria – e all'immediato avvio di lavori messi a gara.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da (...) Soc. Coop. il 3/1/2024: aggiudicazione disposta a favore di (...) S.R.L..

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (...) e della (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2024 il dott. Domenico De Falco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. Il Comune (...), con Delibera di Giunta Comunale n. 106 del 21/08/2020, approvava lo studio di fattibilità per i “lavori di efficientamento energetico della piscina comunale e di riqualificazione del complesso sportivo di via Vaticale”. Con successiva Delibera di Giunta Comunale n. 101 del 04/11/2022, il Comune procedeva ad approvare l'adeguamento del progetto Definitivo/Esecutivo dell'opera.

Veniva, poi, adottata la determinazione amministrativa a contrarre n. 365 del 05/12/2022, in virtù della quale veniva avviata la procedura negoziata sulla piattaforma telematica "Traspare (...)", ai sensi del combinato disposto dell'art. 36,co.2, lett. c), e, dell'art. art.61 del d.lgs. n. 50/2016, procedendo ad invitare gli operatori economici estratti dalla piattaforma e definendo quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, ai sensi dell'articolo 95, comma 4, del d.lgs. 50/2016 e s.m.i.

II. Per l'affidamento dei lavori, il Comune, con la determinazione n. 794 del 04/09/2023, avviava una procedura negoziata, senza bando, ai sensi dell'art. 50 comma c del D. Lgs. 36/2023, con invito ad almeno cinque operatori individuati

dall'elenco di cui alla piattaforma "Traspare (...)", utilizzando quale criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'articolo 108, comma 1, del D. Lgs. 36/2023.

Infine, con determinazione 412 del 19/10/2023, il Comune, prendendo atto della ricezione di una sola offerta (quella proveniente dalla (...) soc. coop. di seguito (...)), dichiarava la gara deserta, invocando la previsione del bando che accordava alla stazione appaltante la possibilità di non procedere all'aggiudicazione nel caso di unica offerta ricevuta.

III. Avverso tale determinazione la (...) ha proposto ricorso notificato e depositato in data 23/20/2023, chiedendone l'annullamento previa sospensione degli effetti, sulla base delle seguenti censure.

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Cost. – violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara – violazione e falsa applicazione del d.lgs. 36 del 2023: artt. 50 e 76 – violazione e falsa applicazione dell'art. 1355 c.c. - violazione e falsa applicazione dei principi consacrati nella delibera del 22.2.2022 n. 89 - eccesso di potere – sviamento.

Secondo parte ricorrente i presupposti della gara deserta sono sostanzialmente due: a. l'offerta in concreto pervenuta non soddisfi l'interesse pubblico e non risulti "conveniente"; b. la valutazione in concreto, specifica e chiara da cui emerga la necessità di esperire un altro procedimento ad evidenza pubblica e soprattutto la presumibile possibilità che così facendo si giunga ad una offerta "migliore".

La delibera impugnata sarebbe invece priva di motivazione, non potendo assolvere a tale funzione la circostanza che sia pervenuta una sola offerta, senza specificare le ragioni per le quali tale unica offerta non soddisferebbe l'interesse pubblico sotteso alla procedura.

Peraltro tale decisione violerebbe il principio di celerità immanente alle procedure di evidenza pubblica, comportando un immotivato ritardo per la realizzazione dell'opera, tenuto conto che nelle procedure negoziate, come quella di specie, è

praticamente fisiologico che siano acquisite poche offerte se non anche una sola.

Peraltro, prosegue la ricorrente, se la clausola di recesso contenuta nel bando fosse interpretata nel senso di accordare una facoltà di libero recesso, essa sarebbe meramente potestativa e quindi nulla ai sensi dell'art. 1355 c.c.

2. Violazione e falsa applicazione dell'artt. 41, 42, 97 della Cost. – violazione e falsa applicazione del dlgs. 36 del 2023 – violazione e falsa applicazione della legge 241 del 1990: articolo 21 nonies – - violazione e falsa applicazione del principio di par condicio.

L'avvio di una altra procedura selettiva non garantirebbe affatto la pluralità delle offerte. Anzi la stessa procedura oggetto di causa è stata prorogata dal Comune per consentire la proposizione di ulteriori offerte, ma senza esito. Peraltro la decisione di indire una procedura aperta sarebbe illegittima perché non prevista per gli appalti sotto soglia, come quello di specie ai quali si applica l'art. 50 del d.lgs. n. 36/2023 che prevede la procedura negoziata. In assenza di una specifica previsione del bando, inoltre, l'annullamento della procedura di gara di presenterebbe anche come assunta in violazione dell'autovincolo che l'Amministrazione si era data, la cui violazione ridonderebbe anche in una ulteriore ragione di illegittimità.

3. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 97 della Cost. – violazione e falsa applicazione del d.lgs. 36 del 2023 – violazione del principio di trasparenza e lealtà – eccesso di potere – sviamento.

Le delibere ANAC citate dall'Amministrazione nella gravata delibera sarebbero relative a fattispecie diverse, rette da una disciplina precedente al codice del 2023, in quanto riferite a procedure di evidenza pubblica erroneamente impiegate in quanto non adeguate alle fattispecie ivi considerate.

La delibera ANAC n. 89/2022 giustifica l'annullamento poiché le procedure prescelte non era “semplificate” od “accelerate” e quindi siccome non sussistevano esigenze di celerità si poteva anche pensare legittimamente di riprogrammare la selezione.

4. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost – violazione e falsa applicazione della legge 241 del 1990 – violazione del principio dell'avviso di avvio del procedimento - violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara - eccesso di potere – sviamento.

Il provvedimento gravato sarebbe poi illegittimo, in quanto, incidendo in via estintiva sulla posizione di vantaggio consacrata dall'atto di ammissione in gara (e comunque a fronte della circostanza che la ricorrente fosse l'unica partecipante doveva considerarsi anche aggiudicataria dei lavori), avrebbe dovuto essere necessariamente preceduto dal rituale avviso di avvio del procedimento.

5. Violazione e falsa applicazione della legge 241 del 1990 – violazione e falsa applicazione del codice degli appalti – violazione e falsa applicazione dell'art. 1337 c.c. – eccesso di potere

Il comportamento dell'Amministrazione costituirebbe anche fonte di danno precontrattuale a fronte dell'affidamento creato in ordine alla conclusione del procedimento e ciò anche a prescindere dalla legittimità dell'atto gravato.

Con ricorso per motivi aggiunti notificato in data 23 ottobre 2023 e depositato il successivo 30 ottobre, la (...) ha impugnato l'atto di indizione della procedura aperta rivolta all'aggiudicazione del medesimo appalto, chiedendone l'annullamento sulla base dell'ulteriore seguente censura.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 41 e 97 della Cost. – violazione e falsa applicazione dell'art. 69 del R.d. 827 del 1924 – violazione e falsa applicazione del d.lgs. 36 del 2023 – eccesso di potere.

L'art. 69 del R.d. n. 827/1924 sarebbe inapplicabile perché tale norma sarebbe prevista per le ipotesi di procedure aperte andate deserte, mentre nella fattispecie si tratta di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando alla quale erano state invitate 21 operatori economici, sicché la comunicazione di offerte da parte di uno solo di essi non comporterebbe comunque la qualificazione della gara come deserta, atteso che le imprese che non hanno formulato offerte avrebbero dovuto

considerarsi come escluse per non averne proposte. Anche per questo motivo, la proroga dei termini per la presentazione delle offerte, operata dal resistente Comune nella gara poi dichiarata deserta, dovrebbe essere considerata illegittima oltre che indice della volontà dell'Amministrazione di non aggiudicare l'appalto alla ricorrente, confermata, poi, dalla mancata valutazione dell'offerta da essa presentata.

In ogni caso, la scelta di indire una procedura aperta per una gara sotto la soglia comunitaria sarebbe illegittima per violazione dell'art. 50 del nuovo codice che preclude ogni aggravamento delle procedure di evidenza pubblica.

Parte ricorrente contesta poi l'illegittimità derivata dell'atto di indizione della nuova gara i motivi già proposti con il ricorso introduttivo a cui, per brevità, si rinvia.

IV) Si è costituito in resistenza il Comune di (...).

Con ordinanza 10 novembre 2023, n. 2057 questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare con la seguente motivazione: "Rilevato che, nell'ambito della cognizione sommaria propria della presente fase cautelare, la decisione dell'Amministrazione comunale di annullare la gara per aver ricevuto una sola offerta valida risulta priva della necessaria motivazione e che, al contrario, non pare sussistente un vincolo per l'Amministrazione di procedere all'annullamento nel caso di ricezione di un'unica offerta;

Ritenuto che l'ulteriore determinazione di indire una nuova procedura selettiva sembra contraddire il principio di efficienza e speditezza dell'attività contrattuale dell'Amministrazione e, in definitiva, lo stesso interesse pubblico sotteso alla procedura...>>.

Detto provvedimento veniva poi riformato con ordinanza 1° dicembre 2023, n. 4825 con la seguente motivazione sulla base di considerazioni circoscritte all'irreparabilità del pregiudizio.

Con un secondo ricorso per motivi aggiunti notificato e depositato in data 3 gennaio 2024, parte ricorrente ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione

della nuova procedura di gara, chiedendone l'annullamento previa sospensione degli effetti, proponendo sostanzialmente le medesime censure già articolate con il ricorso introduttivo e con il primo ricorso per motivi aggiunti.

Si è costituita in resistenza anche l'aggiudicataria della nuova gara bandita dal Comune di (...), (...) S.R.L. (di seguito (...)).

Le parti hanno prodotto memorie documenti e alla pubblica udienza del 14 marzo 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

V) Con il ricorso introduttivo i del presente giudizio è stata impugnata la delibera n. 412 del 19/10/2023 con la quale il Comune di (...) ha dichiarato deserta la procedura negoziata senza pubblicazione del bando, indetta con Determina a contrarre del Comune di (...) n. 331 del 4/9/2023 ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. n. 36/2023 e ha indetto una procedura aperta per l'aggiudicazione del medesimo appalto (sotto soglia).

Con la delibera gravata il Comune ha ritenuto in particolare che la stazione appaltante fosse tenuta ai sensi dell'art. 69 del R.d. n. 827/1924 a dichiarare deserta la gara in presenza di un'unica offerta, non essendosi riservata nella lex specialis di gara la facoltà di aggiudicare ugualmente nel caso di unica offerta pervenuta. L'Amministrazione convenuta ha invocato nella gravata delibera n. 412/2023 anche i pareri dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (oggi ANAC) n. 17/2001 che ha ritenuto ancora vigente la predetta disposizione e il parere n. 89/2022 secondo cui non sarebbe conforme alla normativa di settore l'aggiudicazione nel caso di unica offerta pervenuta.

Parte ricorrente, con il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti, ha censurato la scelta dell'Amministrazione di dichiarare la gara deserta e l'indizione di una nuova gara (oltre all'aggiudicazione poi effettuata, impugnata con i secondi motivi aggiunti).

Secondo la ricorrente non ricorrerebbero i presupposti per dichiarare la gara deserta, occorrendo comunque una valutazione dell'offerta pervenuta che nella

fattispecie, per ammissione della stessa Amministrazione convenuta non è stata effettuata.

Inoltre, prosegue parte ricorrente, la fattispecie oggetto di causa è governata dal nuovo codice a differenza di quella scrutinata dall'ANAC e ha per oggetto una procedura negoziata in cui erano evidenti le esigenze di celerità. Queste ultime sarebbero poi contraddette dal comportamento tenuto nella specie dall'Amministrazione che ha indetto una nuova procedura, questa volta aperta, nonostante avesse la possibilità di affidare immediatamente il contratto alla ricorrente, in violazione, prosegue la ricorrente, delle previsioni di cui all'art. 50 del nuovo codice che individua procedure semplificate per gli appalti sotto soglia.

VI) Le censure sono complessivamente infondate.

Il contesto dei principi che regolano la materia dell'evidenza pubblica ha subito negli anni un'evoluzione che ne ha modificato le sembianze. In una prima fase, quella delle norme di contabilità di Stato, l'evidenza pubblica era uno strumento per l'esternazione della volontà dell'Amministrazione e la massimizzazione dell'interesse pubblico; successivamente con le norme di attuazione delle direttive comunitarie, l'evidenza pubblica ha assunto il ruolo di motore della realizzazione del mercato unico europeo promuovendo la concorrenza nell'allocazione delle risorse pubbliche sul mercato; infine con il nuovo codice introdotto con il d.lgs. n. 36/2023 il principio cardine è rappresentato dal risultato consistente, secondo quanto chiaramente disposto dall'art. 1 co. 1, nell'affidamento del contratto e la sua realizzazione *“con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”*.

In questo nuovo contesto normativo, la concorrenza tra gli operatori economici, come espressamente afferma il comma 2 del medesimo art. 1, è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti” ed assume quindi carattere strumentale.

Tale nuovo assetto, incentrato sul principio del risultato incide profondamente

sulle coordinate dell'interprete che nell'optare per diverse soluzioni interpretative è chiamato a scegliere quella più funzionale agli obiettivi fondamentali dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione, nondimeno tale principio, proprio per la sua generalissima portata, non abroga le norme previgenti che, sia pure dettate in contesti normativi diversi, contengono puntuali prescrizioni.

È questo il caso della previsione di cui all'art. 69 del R.D. n. 827/1924 (Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e la contabilità generale dello Stato) a mente del quale *“l'asta deve rimanere aperta un'ora per la presentazione delle offerte ed è dichiarata deserta ove non ne siano presentate almeno due, a meno che l'avviso d'asta non preveda espressamente che si procederà all'aggiudicazione anche nel caso di presentazione di una sola offerta”*.

Tale norma, che è stata dettata per consentire alle stazioni appaltanti la selezione del migliore contraente sul presupposto che un effettivo confronto concorrenziale delle offerte sia possibile soltanto in presenza di una pluralità di partecipanti alla gara (cfr. delibera ANAC n. 89/2022, TAR Campania n. 4371/2019), deve ritenersi tutt'ora in vigore e non abrogata, non mostrando un'incompatibilità diretta con le norme nemmeno del nuovo codice, come invece affermato da parte ricorrente.

Anzi la disposizione in parola, sia pure datata, risulta pienamente in linea con il nuovo contesto normativo, guardando alla pluralità di offerte come fattore strumentale alla massimizzazione dell'interesse pubblico mediante la selezione dell'offerta che garantisca il miglior rapporto tra qualità e prezzo, come prescritto dal nuovo codice con il principio del risultato.

La stessa previsione della possibilità delle stazioni appaltanti di procedere ugualmente all'affidamento anche in presenza di un'unica offerta qualora sia stata inserita un'apposita nella *lex specialis*, ben si armonizza con il rafforzamento della discrezionalità delle stazioni appaltanti voluto dal nuovo codice frutto della ritrovata fiducia nelle scelte dell'Amministrazione, assunta anch'essa a principio

fondamentale della nuova evidenza pubblica.

Sotto questo profilo, quindi, deve ritenersi corretta la scelta dell'Amministrazione di non procedere all'esame dell'offerta proposta dalla ricorrente, atteso che la regola posta dal citato art. 69 del R.d. n. 827/1924 opera a monte, precludendo lo scrutinio dell'unica offerta pervenuta in assenza di una previsione della *lex specialis* che lo consenta, in tal modo spostando la discrezionalità della stazione appaltante a monte al momento dell'elaborazione delle regole di gara sotto forma di autovincolo.

VI.1) Neppure persuade l'ulteriore rilievo formulato con i motivi aggiunti secondo cui nelle procedure negoziate senza pubblicazione del bando tutti i soggetti invitati sarebbero partecipanti, sicchè non potrebbe ravvisarsi i presupposti di cui all'art. 69 del R.d. n. 827/1924, quand'anche una sola delle imprese invitate abbia concretamente formulato l'offerta, in quanto tutte dovrebbero considerarsi partecipanti.

Ed infatti, il meccanismo fondato sull'invito seppure restringe la platea degli operatori economici potenziali offerenti, ma realizza comunque una selezione competitiva che si fonda sulla formulazione di una pluralità di offerte, in mancanza delle quali si applica il ridetto art. 69.

VI.2) Ne consegue anche l'insussistenza della contestata violazione delle regole del contraddittorio, tenuto conto che l'Amministrazione non disponeva di discrezionalità a fronte della chiara prescrizione di cui al ridetto art. 69.

VI.3) Neppure fondata è la censura articolata con i motivi aggiunti avverso la scelta di indire una nuova procedura, questa volta aperta, atteso che anche in tal caso tale opzione non è preclusa dall'art. 50 del d.lgs. n. 36/2023. Vero è che nel contesto del nuovo codice è ravvisabile un principio di non aggravamento valevole anche per gli appalti c.d. sotto soglia, ma è anche vero che lo stesso principio del risultato impone che a fronte del mancato affidamento con una procedura ristretta consente alla stazione appaltante di optare per un sistema selettivo che, sebbene

più complesso, dia maggiori possibilità di pervenire all'affidamento del contratto e alla sua esecuzione.

In definitiva tutte le censure si appalesano infondate e il ricorso e i motivi aggiunti devono conseguentemente essere respinti.

Dall'immunità alle censure formulate discende anche l'inconfigurabilità della responsabilità risarcitoria dell'Amministrazione; sotto il profilo precontrattuale, poi, non risulta ravvisabile un affidamento tutelato della ricorrente a fronte di prescrizioni legali che non ne consentivano il consolidamento.

La novità delle questioni trattate consente l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere

Domenico De Falco, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Domenico De Falco

IL PRESIDENTE

Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO