

Pubblicato il 27/11/2018

N. 06725/2018REG.PROV.COLL.

N. 09192/2017 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9192 del 2017, proposto da: Spedservice s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Passeri Mencucci, con domicilio eletto presso lo studio Maurizio Mililli in Roma, via Sallustiana, 15;

contro

Ministero dell'economia e delle finanze - Comando Generale della Guardia di Finanza- Centro Navale della Guardia di Finanza, Ufficio Amministrazione Sezione Acquisti, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZ. II TER, n.

11533/2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Guardia di Finanza, del Ministero dell'economia e delle finanze, del Centro Navale della Guardia di Finanza;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2018 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Giovanni Corbyons, su delega dell'avv. Passeri Mencucci, e Avvocato dello Stato Angelo Venturini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza impugnata il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione II-ter, ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla Spedservice s.r.l. contro l'avviso di esito di gara del 20 giugno 2017, con il quale il Centro Navale della Guardia di Finanza ha comunicato la non aggiudicazione della gara, indetta mediante procedura ristretta ai sensi dell'art. 61 del d.lgs. n. 50 del 2016 per l'affidamento, al criterio del prezzo più basso, del servizio *“di trasferimento dei materiali occorrenti alla gestione logistica della flotta del Corpo”*, per l'importo complessivo di € 360.000,00 (bando pubblicato il 17 settembre 2016).

1.2. La società ricorrente, unica offerente, ha contestato il giudizio di non congruità posto a fondamento della non aggiudicazione ai sensi dell'art. 95, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, chiedendo l'annullamento dell'avviso e degli atti di gara presupposti, nonché la condanna della p.a. al risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente monetario.

1.3. L'appellata sentenza ha accolto l'eccezione di inammissibilità del ricorso avanzata dal resistente Ministero, ritenendo che parte ricorrente avesse avuto *“piena contezza e conoscenza legale della propria esclusione dalla procedura (recte, della non aggiudicazione della gara in suo favore), nonché dei relativi motivi (ritenuta non congruità dell'offerta), con la nota amministrativa del 19 maggio 2017 [...]”*, tenuto altresì conto della diffida *“ad intervento in autotutela”* inoltrata dalla stessa società in data 24 maggio 2017.

E' stato perciò considerato tardivo il ricorso avanzato oltre i trenta giorni decorrenti dalla ricezione della nota di cui sopra o, quanto meno, dal 24 maggio 2017, in quanto notificato il 13 luglio 2017.

2. Per ottenere la riforma della sentenza, ha proposto appello la Spedservice s.r.l., censurando la dichiarazione di inammissibilità e riproponendo i motivi del ricorso introduttivo, nonché la domanda risarcitoria, non esaminata in primo grado.

2.1. Il Ministero dell'Economia e delle Finanze – Comando Generale della Guardia di Finanza – Centro Navale della Guardia di Finanza, Formia (LT), Ufficio Amministrazione, Sezione Acquisti, si è costituito per resistere al gravame.

Le parti hanno depositato memorie.

2.2. Con ordinanza collegiale resa all'esito dell'udienza del 14 giugno 2018, pubblicata in data 25 luglio 2018, n. 4527, è stato disposto un rinvio all'udienza pubblica dell'8 novembre 2018, in attesa della decisione dell'Adunanza Plenaria sulla questione rimessa con ordinanza di questo Consiglio di Stato, III, 24 aprile 2018, n. 2472.

2.3. All'udienza predetta la causa è stata trattenuta in decisione, previo deposito di memorie da parte della società appellante e del Ministero appellato.

3. Prima di dire dei motivi di gravame, vanno riepilogati i passaggi rilevanti della procedura di gara:

- con verbale datato 11 maggio 2017, la commissione giudicatrice proponeva l'aggiudicazione in favore della Spedservice "*previa valutazione della congruità dell'unica offerta pervenuta a cura della Commissione all'uopo nominata*";

- con verbale del 17 maggio 2017, la commissione istruttoria, appositamente nominata per la valutazione della convenienza economica dell'offerta, riteneva non congrua l'offerta presentata dalla società, perché i prezzi dalla stessa praticati erano valutati "*superiori rispetto a quelli applicati dal mercato, risultando almeno doppi nel migliore dei*

casi e fino a dieci volte superiori nel peggiore" ed inoltre perché la ditta avrebbe "triplicato, se non quadruplicato i costi del proprio servizio" rispetto "all'anno scorso";

- con nota del 19 maggio 2017, il RUP comunicava all'interessata l'esito del giudizio di congruità, rendendo noto che l'offerta non era stata ritenuta congrua avuto riguardo ai costi di mercato riferiti a prestazioni analoghe e che, per l'effetto, la gara sarebbe stata annullata (siccome unica offerente era stata la società ricorrente);

- con verbale in data 22 maggio 2017, non comunicato né pubblicato prima dell'avviso del 20 giugno 2017, la commissione giudicatrice proponeva di non affidare il servizio oggetto di gara *“in quanto l'unica offerta pervenuta non è conveniente per l'amministrazione [...]”*

- il 24 maggio 2017, la società instava l'amministrazione per l'annullamento in autotutela delle determinazioni assunte con la nota del RUP di cui sopra e contestualmente esercitava il diritto di accesso agli atti del procedimento;

- con lettera prot. n. 64070 in data 26 maggio 2017, a firma del comandante dell'Ente e del RUP, tale ultima istanza di annullamento in autotutela veniva rigettata e veniva data comunicazione che la gara era annullata;

- il successivo 29 maggio 2017, la società reiterava l'istanza di accesso, che la stazione appaltante riscontrava il 21 giugno 2017, con nota di mero richiamo alla precedente comunicazione del 19 maggio 2017;

- con avviso pubblicato sul sito istituzionale dell'amministrazione il 20 giugno 2017 veniva data comunicazione della *“decisione di non aggiudicare”* l'appalto a causa della ritenuta non convenienza dell'offerta;

- il ricorso era notificato, come detto, in data 13 luglio 2017, ritenendo la ricorrente che il termine di trenta giorni di cui all'art. 120, comma 5, cod. proc. amm., decorresse dalla pubblicazione dell'avviso del 20 giugno 2017, data nella quale la Spedservice aveva altresì avuto contezza per la prima volta dei verbali della

commissione di congruità del 17 maggio 2017 e della commissione giudicatrice del 22 maggio 2017.

3.1. Sempre in via preliminare, pare da ribadire che l'Amministrazione appaltante si è avvalsa della facoltà dell'art. 95, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016 (*“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”*), prevista espressamente nella lettera d'invito.

A confutare in radice gli argomenti dell'appellante che richiamano i presupposti per l'esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'amministrazione ovvero per il procedimento di verifica di congruità dell'offerta di cui all'art. 97 del *Codice dei contratti pubblici*, va evidenziato che l'art. 95, comma 12, contempla tutt'altra fattispecie.

La disposizione -che trova il suo antecedente normativo nell'art. 81, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006 - attribuisce alla stazione appaltante, e non alla commissione giudicatrice, la facoltà di non aggiudicare la gara quando nessuna offerta sia ritenuta, a giudizio discrezionale dell'amministrazione (sul quale si tornerà), *“conveniente o idonea”*, purché tale facoltà sia indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera d'invito.

Il d.lgs. n. 50 del 2016 non ha riprodotto l'art. 55, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006 (che consentiva alla stazione appaltante di prevedere nella legge di gara che non si sarebbe proceduto all'aggiudicazione nel caso di unica offerta valida). Nondimeno, non appaiono sussistere ostacoli all'applicazione dell'art. 95, comma 12, anche in caso di unica offerta, purché ricorrano i presupposti ivi previsti (che consentono il rispetto dei parametri comunitari come richiesto dalla Corte di Giustizia in caso di decisione di non aggiudicazione all'unico concorrente rimasto in gara: cfr. Corte Giust. UE, 11 dicembre 2014, n. 440-13).

3.2. Per decidere l'appello è altresì utile sottolineare che la valutazione della stazione appaltante si colloca in una fase della procedura di gara nella quale le offerte sono

state già valutate ed è stata avanzata la proposta di aggiudicazione da parte della commissione. All'esito della verifica della proposta di aggiudicazione, ai sensi degli artt. 32, comma 5, e 33, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 (che non contempla più l'aggiudicazione provvisoria), la stazione appaltante, ove a ciò abilitata dall'apposita previsione contenuta nel bando o nella lettera d'invito (come nel caso di specie), può decidere di non aggiudicare. Quindi sono privi di giuridico fondamento i rilievi dell'appellante secondo cui la commissione giudicatrice avrebbe dovuto previamente formulare una proposta di non aggiudicazione: è anzi fisiologica la sequenza procedimentale sopra descritta poiché, come detto, la facoltà di non aggiudicare compete alla stazione appaltante e non alla commissione di gara, e risponde ad un'immanente valutazione dell'interesse pubblico attuale da parte del committente che prescinde dall'esistenza di vizi di legittimità (cfr., sia pure nel vigore di un diverso apparato normativo, già Cons. Stato, IV, 31 maggio 2007, n. 2838).

Il provvedimento di non aggiudicazione va adottato dalla stazione appaltante come atto conclusivo della procedura e ne va data notizia ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016.

4. Dato quanto sopra, il motivo di appello (*Error in procedendo e iudicando. Erronea declaratoria di inammissibilità/irricevibilità del ricorso proposto dalla società Spedservice alla luce della natura endoprocedimentale e non "immediatamente lesiva" della nota prot. 0061139/2017 del 19/05/2017 alla quale hanno fatto seguito il provvedimento di non aggiudicazione provvisorio e la definitiva "non aggiudicazione" disposta con provvedimento pubblicato il 20/06/2017 sul sito istituzionale dell'amministrazione resistente*), pone le seguenti questioni:

- quale sia la natura giuridica della nota del RUP su specificata ed, in particolare se si tratta di atto endoprocedimentale non immediatamente lesivo e perciò non autonomamente impugnabile, come sostiene l'appellante;
- quale fosse la conoscibilità dell'atto e della sua lesività da parte della società unica concorrente, onde comportare la decorrenza del termine decadenziale, considerato

che, secondo quanto sostiene l'appellante, con la nota predetta il RUP ha comunicato la non congruità dell'offerta presentata dalla società senza esplicitare le ragioni della scelta operata e che la società ricorrente avrebbe avuto contezza di tali ragioni soltanto in data 20 giugno 2017 (poiché le istanze di accesso agli atti hanno avuto riscontro tardivo da parte dell'amministrazione).

5. In merito alla prima questione, i profili di censura mossi alla sentenza impugnata risultano condivisibili.

La nota del RUP prot. n. 061139 del 19 maggio 2017 non è atto conclusivo del procedimento.

In effetti, il contenuto della nota - riportato e valutato dalla sentenza qui gravata - potrebbe indurre a ritenere il contrario, in quanto, pur essendo limitato alla comunicazione della valutazione di non congruità espressa dalla commissione istruttoria all'uopo nominata, conclude tuttavia con l'affermazione esplicita che *“la gara indetta per l'affidamento del richiamato servizio deve intendersi annullata”*.

Per contro, non si può non tenere nel debito conto - come dedotto dall'appellante nell'evidenziare la conduzione “ondivaga” della procedura in questione (cfr. pag. 12 dell'atto di appello) – che con nota in pari data (19 maggio 2017) il RUP convocò nuovamente la commissione di gara – adempimento non richiesto dalle previsioni degli artt. 32 e 33 del *Codice dei contratti pubblici* come sopra interpretate, e comunque in contrasto con la ritenuta determinazione di “annullamento” della gara– e la commissione, riunitasi il 22 maggio 2017, lungi dal prendere atto dell'annullamento, concluse con una proposta di non aggiudicazione per non convenienza economica dell'unica offerta.

Il fatto stesso che il procedimento sia proseguito con la convocazione della commissione giudicatrice fornisce riscontro alle doglianze dell'appellante circa la portata non definitiva della nota del 19 maggio 2017.

5.1. Tuttavia, questa conclusione non conduce all'accoglimento del gravame, considerato quanto dedotto dall'Avvocatura generale dello Stato negli scritti difensivi d'appello.

Rileva, infatti, la nota prot. n. 64070 del 26 maggio 2017, firmata dal Comandante del Centro Navale della Guardia di Finanza, dirigente responsabile del servizio, oltre che dal RUP, nella quale viene rappresentato che *“Nell'ambito della procedura di gara in oggetto questo Centro Navale, esperite le formalità di rito, ha ritenuto di non poter aggiudicare l'appalto de quo, in virtù di una valutazione di non convenienza economica per l'Amministrazione dell'unica offerta presentata. [...]”*.

Sebbene - come replica la difesa dell'appellante - si tratti della risposta all'istanza della società in data 24 maggio 2017 (cioè della diffida all'esercizio dei poteri di autotutela, già richiamata nella sentenza impugnata) volta ad ottenere la revisione della valutazione di non congruità della commissione istruttoria, la nota ha il chiaro contenuto di comunicazione della decisione di non aggiudicazione della gara ai sensi dell'art. 95, comma 12, d.lgs. n. 50 del 2016, ivi espressamente richiamato.

Poiché alla data della nota in esame (26 maggio 2017) si era già pronunciata - sia pure ad *abundantiam* - la commissione giudicatrice, nella seduta del 22 maggio 2017, con verbale non immediatamente reso noto alla società concorrente, e poiché l'avviso dell'esito della gara pubblicato il 20 giugno 2017 richiama tale ultimo verbale, senza che sia riscontrabile alcun ulteriore atto intermedio, la nota del 26 maggio 2017 presenta tutte le caratteristiche di un atto conclusivo del procedimento (se si vuole, di conferma della determinazione del 19 maggio 2017, che, per quanto detto sopra, si è venuta a configurare come atto endoprocedimentale).

6. Ciò posto, vanno deliberate due ulteriori questioni di diritto, entrambe affrontate e risolte dalla sentenza appellata con argomentazioni, che vanno qui condivise.

6.1. La prima questione attiene al contenuto dell'art. 120, comma 5, Cod. proc. amm. nella parte in cui stabilisce la decorrenza del termine di trenta giorni per l'impugnazione degli atti di gara.

La decorrenza è fatta corrispondere con la ricezione della comunicazione del provvedimento: il rinvio all'art. 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ivi contenuto, è da intendersi oggi fatto all'art. 76 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Il comma 5, lett. c) di quest'ultimo articolo dispone che anche la decisione di non aggiudicare un appalto debba essere comunicata d'ufficio dalla stazione appaltante, immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, "*a tutti i candidati*".

La comunicazione del 26 maggio 2017 prot. n. 64070, inviata a mezzo PEC, è rispondente alla disposizione di legge, mentre in senso contrario non potrebbe essere addotto (né è stato addotto in giudizio) che sia stato utilizzato l'indirizzo PEC del difensore piuttosto che quello della Spedservice, cui invece era stata inviata la nota del 19 maggio 2017, atteso che dagli atti interlocutori successivi risultava l'elezione di domicilio presso il difensore munito di mandato.

Orbene, non è contestabile che la comunicazione delle informazioni ai candidati e agli offerenti prevista dall'art. 76 (già art. 79) determina la conoscenza legale dell'atto comunicato da parte del destinatario e, di conseguenza, la decorrenza del termine per l'impugnazione dello stesso (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 31 luglio 2012, n. 3).

6.2. Contrariamente a quanto sembra ritenere l'appellante, non rileva in senso contrario la pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante dell'avviso dell'esito della gara, effettuato in data 20 giugno 2017.

Si tratta infatti di adempimento eseguito ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016, a soli fini di pubblicità, ma non rilevante per la decorrenza del termine per l'impugnazione.

La pubblicazione sul profilo del committente (cioè sul sito informatico della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. *nnn*), del *Codice*) è rilevante per il decorso del termine soltanto per l'impugnazione del *“provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni”* ai sensi dell'art. 120, comma 2-*bis*, Cod. proc. amm., cui è espressamente riferito l'art. 29, comma 1, del *Codice dei contratti pubblici*. Tuttavia, come affermato dalla sentenza impugnata e riconosciuto anche dall'appellante, nel caso in esame non si tratta di provvedimento di esclusione da impugnare ai sensi dell'art. 120, comma 2-*bis*, bensì di provvedimento di non aggiudicazione, da impugnare ai sensi dell'art. 120, comma 5, Cod. proc. amm..

7. Considerata la conoscenza legale determinata dalla comunicazione effettuata ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. *c*), direttamente all'impresa concorrente, non vi è luogo a dibattere dell'idoneità del relativo contenuto a consentire al destinatario la piena conoscenza del provvedimento, né della tardiva risposta fornita dall'amministrazione alle richieste di accesso agli atti avanzate dall'impresa concorrente, questioni entrambe agitate col secondo profilo di censura del motivo di appello.

In proposito, va dato seguito all'affermazione contenuta nella sentenza impugnata secondo cui le norme degli artt. 120 Cod. proc. amm. e 76 del d.lgs. n. 50 del 2016 impongono al privato *“un onere di attivarsi entro termine breve per gravarsi avverso gli atti della procedura di gara ed al tempo stesso per acquisire ogni ulteriore elemento conoscitivo relativo alle procedure di scelta del contraente”*, con la conseguenza che *“La cognizione, in base ai documenti acquisiti, di ulteriori vizi del procedimento di aggiudicazione abilita alla proposizione di motivi aggiunti, ma non determina lo spostamento in avanti del termine decadenziale per l'introduzione del ricorso, il cui dies a quo la prefata normativa - con disposizione di chiaro contenuto prescrittivo e non derogabile in base ad interpretazioni sistematiche e manipolative - collega alla data di ricezione della comunicazione ai sensi dell'art. 76 del D.Lgs. n. 50 del 2016 (per*

tutte, Consiglio di Stato, sez. III, sent. 24 aprile 2012, n. 2407 con riferimento alla previgente normativa di cui all'art. 79, D.Lgs n. 163 del 2006)" (cfr. pag. 13 della sentenza).

La giurisprudenza citata in senso contrario nell'atto di appello non smentisce siffatta conclusione.

7.1. Per un verso, essa non è pertinente, poiché si riferisce alla diversa questione dell'idoneità al decorso del termine per impugnare della conoscenza di fatto del provvedimento, intervenuta prima della (o in mancanza della) comunicazione del provvedimento ai sensi dell'art. 79 (oggi art. 76) del codice degli appalti pubblici. Orbene, in difetto della formale comunicazione dell'atto e nel caso in cui il ricorrente venga ad aver contezza dell'atto prima della sua comunicazione formale, si ritiene che, grazie all'inciso aggiunto all'art. 120, comma 5, Cod. proc. amm. ("*in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto*"), il termine di impugnazione possa decorrere dal momento dell'avvenuta conoscenza. In tale eventualità, si è affermato che "*la conoscenza dell'atto, per essere idonea a comportare la decorrenza del termine decadenziale, deve essere necessariamente piena, di modo che non è sufficiente che l'interessato sappia soltanto dell'esistenza dell'atto, ma è altresì indispensabile che quest'ultimo sia accessibile e conoscibile nella sua interezza, ovvero anche con riguardo alle motivazioni che hanno portato all'adozione dell'atto*" (Cons. Stato, III, 17 marzo 2017, n. 1212, citata dall'appellante).

Diversa è l'ipotesi dalla fattispecie di conoscenza legale tipizzata, laddove è lo stessa norma a delineare i presupposti necessari e sufficienti alla decorrenza del termine. Dal momento che, in forza del rinvio dinamico dell'art. 120, comma 5, Cod. proc. amm., occorre tenere conto del disposto dell'art. 76, comma 5, del *Codice dei contratti pubblici*, appare sufficiente, per quanto qui rileva, la comunicazione soltanto della "*decisione di non aggiudicare l'appalto*".

7.2. E' pur vero che è presente in giurisprudenza amministrativa l'orientamento richiamato dall'appellante, per il quale il termine di impugnazione si intende differito ogniqualvolta l'interessato abbia fatto tempestiva richiesta di accesso agli atti,

qualora questi necessitino per proporre l'impugnazione, *“senza che possa onerarsi l'interessato, al fine di mantenere l'interesse all'accesso, della proposizione di un generico ricorso al buio ... cui affiancare, mediante lo strumento dei motivi aggiunti, i sostanziali specifici motivi una volta conseguito l'accesso alle giustificazioni ...”* (così Cons. giust. amm. Reg. Sic., 23 settembre 2016, n. 324; cfr., nello stesso senso, anche Cons. Stato, V, 13 marzo 2014, n. 1250; id. III, 7 gennaio 2015, n. 25).

L'indirizzo giurisprudenziale invocato dall'appellante - formatosi nel vigore dell'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006, il cui testo non coincide con quello dell'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016 - non è comunque applicabile al caso di specie, in quanto presuppone l'incompletezza della comunicazione e l'indispensabilità della conoscenza degli atti, ai quali è chiesto l'accesso, per formulare i motivi del ricorso principale. Non è questa la situazione di fatto oggetto del presente contenzioso: sia la nota informativa del 19 maggio 2017 che quella del 26 maggio 2017 contenevano gli elementi sufficienti per conoscere il motivo della non aggiudicazione, con riguardo al disposto dell'art. 95, comma 12 (difetto di convenienza economica dell'offerta rispetto a costi di mercato riferiti a prestazioni analoghe o comunque rispetto al mercato di riferimento).

Si tratta di motivazione della *“decisione”* di non aggiudicazione sufficiente alla formulazione dei motivi, per come fatto palese, d'altronde, dalla completezza e dalla puntualità dei rilievi contenuti nell'istanza di revisione in autotutela del 24 maggio 2017, adeguatamente valorizzata nella motivazione della sentenza impugnata.

L'effettività della tutela non risulta compromessa dalla ritenuta necessità di impugnazione tempestiva della nota del 26 maggio 2017, poiché, una volta scongiurato il rischio di un ricorso *“al buio”*, ogni ulteriore ragione di difesa bene avrebbe potuto essere fatta valere con i motivi aggiunti, da proporre contro i verbali della commissione istruttoria e della commissione di gara, conosciuti successivamente.

Il motivo di appello va perciò respinto, così restando confermata la dichiarazione di inammissibilità del primo grado, in riferimento alla domanda di annullamento della decisione di non aggiudicazione.

5. Con l'atto di appello, la Spedservice ha riproposto la domanda di risarcimento del danno -in forma specifica o per equivalente; per illegittimità del provvedimento di non aggiudicazione ovvero, in subordine, per responsabilità pre-contrattuale-avanzata già in primo grado ed ha dedotto che l'azione di condanna, esercitata con ricorso depositato il 13 luglio 2017, è certamente tempestiva, mentre né su tale circostanza né sulla domanda si è pronunciato il giudice di primo grado.

5.1. Entrambe le deduzioni sono corrette.

Ai sensi dell'art. 30, comma 3, Cod. proc. amm., la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo.

Poiché tale conoscenza nel caso di specie è intervenuta il 26 maggio 2017, il termine di decadenza non era ancora decorso quando venne domandata la condanna della p.a. al risarcimento dei danni, con ricorso notificato il 13 luglio 2017.

5.2. L'appellata sentenza ha omissis una pronuncia sulla domanda risarcitoria.

Ne consegue l'applicazione dei principi di diritto affermati dall'Adunanza plenaria, con la decisione pronunciata in un caso analogo, sopravvenuta in pendenza del presente appello, in data 5 settembre 2018 n. 14, secondo cui *“a) In coerenza con il generale principio dell'effetto devolutivo/ sostitutivo dell'appello, le ipotesi di annullamento con rinvio al giudice di primo grado previste dall'art. 105 Cod. proc. amm. hanno carattere eccezionale e tassativo e non sono, pertanto, suscettibili di interpretazioni analogiche o estensive; b) La violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, anche quando si sia tradotta nella mancanza totale di pronuncia da parte del giudice di primo grado su una delle domande del ricorrente, non costituisce un'ipotesi di annullamento con rinvio; pertanto, in applicazione del*

principio dell'effetto sostitutivo dell'appello, anche in questo caso, ravvisato l'errore del primo giudice, la causa deve essere decisa nel merito dal giudice di secondo grado".

6. Nel merito, la domanda risarcitoria è infondata.

Essa presuppone l'illegittimità del provvedimento di non aggiudicazione adottato dalla stazione appaltante ovvero, nella prospettiva della responsabilità pre-contrattuale, l'illegittimità della condotta tenuta dalla stazione appaltante nella conduzione della sequenza procedimentale che si è conclusa col provvedimento sfavorevole all'unica impresa concorrente.

6.1. In merito al primo profilo, va premesso che la facoltà di non aggiudicazione 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).

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).

6.2. Il verbale della seduta della commissione istruttoria del 17 maggio 2017 ed i relativi allegati consentono di ricostruire l'*iter* logico con cui la commissione è

pervenuta al giudizio di non convenienza economica dell'offerta della Società Spedservice, tenuto conto del fatto che l'appalto si strutturava come una sorta di accordo-quadro; questo comportava un impegno di spesa presunto, in vista dell'eventuale richiesta da parte della Guardia di Finanza delle prestazioni specificate nell'oggetto dell'appalto, per ciascuna delle quali era richiesta l'indicazione dei prezzi da parte dell'impresa concorrente.

6.3. Il criterio di aggiudicazione della procedura ristretta era quello del prezzo più basso e il giudizio di non congruità dell'offerta di Spedservice è stato espresso per mancanza di convenienza, tenuto conto dei prezzi di mercato per prestazioni analoghe, nonché dei prezzi praticati dalla stessa offerente, gestore uscente del servizio, seguendo il metodo del confronto su base esclusivamente economica, e non qualitativa.

Il confronto, con diversi preventivi ricavati dai prezzi praticati da altri operatori del settore e con i prezzi della passata gestione, ha fatto riscontrare che i prezzi offerti erano *“almeno doppi nel migliore dei casi e fino a dieci volte superiori nel peggiore”* rispetto ai prezzi di mercato e che la ditta aveva *“triplicato se non quadruplicato i costi del proprio servizio”* rispetto all'anno precedente.

6.4. Le contestazioni mosse dall'appellante non evidenziano errori logici o travisamenti di fatto decisivi, poiché:

- quanto ai prezzi di mercato, le argomentazioni attengono alla asserita mancata considerazione di elementi di costo (copertura assicurativa delle merci; operazioni doganali; attivazione gestione coordinamento e monitoraggio dell'intero servizio per la durata triennale; modalità di pagamento) che –per come dettagliatamente evidenziato nelle difese svolte dall'Avvocatura dello Stato in primo grado- hanno incidenza non significativa ovvero opposta a quanto sostenuto dall'appellante; in gran parte, peraltro, le contestazioni attengono alla metodologia di stima

dell'incidenza dei costi, quindi a criteri di valutazione riservati alla pubblica amministrazione, non sindacabili in sede giurisdizionale;

- quanto ai prezzi praticati dalla stessa Spedservice nella passata gestione, la società appellante riconosce un incremento di spesa medio del 17% (con punte del 34%), che, secondo la difesa, rientrerebbe *“assolutamente nella normalità, anche considerando che la precedente offerta era stata formulata il 21 gennaio 2014”*: anche tali contestazioni - che peraltro non consentono di superare il dato oggettivo dei rincari notevoli e generalizzati (non tanto nella media quanto in assoluto su numerose prestazioni), che risulta dai prospetti allegati agli scritti difensivi del primo grado - involgono la valutazione della p.a. sulla ragionevolezza e sopportabilità dell'incremento dei prezzi (oggettivamente esistente) e, quindi, sulla convenienza complessiva dell'appalto;

- analogamente è a dirsi in merito ai profili di censura riguardanti l'articolazione della gara in due lotti, la suddivisione dei corrispettivi in quattro tariffari, i *“servizi aggiuntivi”*, tutti aspetti rientranti appieno nel merito dell'azione amministrativa.

6.5. In conclusione, la decisione di non aggiudicazione adottata nei confronti della Società Spedservice s.r.l. non è illegittima, quindi non ingiustamente lesiva dell'interesse all'aggiudicazione vantato dall'appellante.

La domanda risarcitoria per i danni da mancata aggiudicazione va respinta.

6.6. Parimenti, va respinta la domanda risarcitoria da responsabilità pre-contrattuale, avanzata in subordine nel presupposto che l'Amministrazione abbia leso *“l'incolpevole affidamento dell'operatore privato nella favorevole conclusione dell'appalto”*.

Non sussiste l'elemento oggettivo di siffatta responsabilità.

Non vi è infatti alcun ragionevole affidamento che la società potesse nutrire nella conclusione del contratto anche dopo la proposta di aggiudicazione, né vi è alcuna ingiustificata interruzione delle trattative ex art. 1337 Cod. civ. o colpevole recesso da parte della stazione appaltante, e nemmeno è riscontrabile la violazione del dovere di correttezza che deve improntare l'agire della pubblica amministrazione

(cfr., per tali presupposti della responsabilità pre-contrattuale nella materia delle pubbliche gare, da ultimo, Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5).

6.7. Nel caso di specie, non vi è comunque lesione di ragionevole affidamento nell'esito positivo della gara poiché, a tutto concedere, era stato reso noto, come per legge, il possibile esercizio della facoltà di non aggiudicazione in caso di non convenienza dell'offerta.

Né si può sostenere, come pure sostiene l'appellante, che la stazione appaltante avrebbe condotto colpevolmente la relativa procedura, per l'assenza di contraddittorio tecnico. Infatti, esclusa, per quanto detto sopra, l'applicabilità dell'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, che concerne la diversa fattispecie del giudizio di anomalia dell'offerta, non vi era alcun obbligo dell'amministrazione di richiedere giustificazioni od instaurare un contraddittorio preventivo.

6.8. L'azione amministrativa è risultata perciò conforme ai canoni di correttezza e buona fede ed alle norme che disciplinano specificamente l'esercizio della facoltà di cui era stata fatta espressa riserva nella lettera d'invito.

7. In conclusione, l'appello va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese processuali che liquida nell'importo complessivo di € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO