

APPALTI - AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA - REVOCA - MOTIVAZIONE ADEGUATA - OBBLIGO COMUNICAZIONE AVVIO PROCEDIMENTO - INSUSSISTENZA

La revoca dell'aggiudicazione provvisoria (attuale "proposta di aggiudicazione") a causa di sopravvenienze imprevedibili deve dare atto in modo adeguato della avvenuta valutazione dei contrapposti interessi, pubblici e privati, a tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa aggiudicataria. Tuttavia, l'efficacia interinale di tale atto endoprocedimentale, da cui deriva solo una mera aspettativa alla positiva definizione del procedimento, non postula l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento o il preavviso di rigetto ai fini del suo ritiro.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 6432/2019

Publicato il 25/09/2019

N. 06432/2019REG.PROV.COLL.

N. 01509/2019 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 in appello iscritto al numero di registro generale 1509 del 2019,
proposto da
Oma Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Giacomo Valla, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

contro

Aeroporti di Puglia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Botto, con domicilio digitale come

da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di San Nicola Da Tolentino 67;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Sede di Bari, Sezione Terza, 18 gennaio 2019, n. 67;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Aeroporti di Puglia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 maggio 2019 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Giacomo Valla e Alessandro Botto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando spedito per la pubblicazione il 27 giugno 2017, Aeroporti di Puglia s.p.a. (di seguito "*Aeroporti*") ha indetto una gara per l'affidamento del servizio di manutenzione, assistenza e servizi accessori delle macchine operatrici aeroportuali degli aeroporti di Bari, Brindisi, Foggia e Grottaglie.

Per quanto rileva, la gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, aveva ad oggetto il servizio di manutenzione ordinaria del parco mezzi di Aeroporti, per la durata di anni uno, rinnovabile per due volte per la durata di dodici mesi ciascuna e un importo a base d'asta stimato per tre anni in euro 510.000,00, oltre ad euro 828,00 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso.

All'esito delle operazioni e della valutazione delle offerte pervenute, risultava prima in graduatoria Oma Service s.r.l. (di seguito "*Oma*"), affidataria dello stesso servizio

in regime di proroga, e con verbale del 17 novembre 2017 era proposta l'aggiudicazione della procedura a suo favore.

2. Tuttavia, nelle more dell'espletamento della procedura, con nota del 18 dicembre 2017 la Aeroporti comunicava alla Oma la revoca in autotutela della gara adducendo che sopravvenute circostanze avessero reso doveroso un complessivo riesame delle modalità di gestione del servizio al fine di adeguarlo alle nuove esigenze.

2.1. In particolare, il provvedimento di revoca della gara era così testualmente motivato: *“nel corso dell'espletamento delle procedure di gara all'esito di un complessivo riesame delle modalità di gestione del servizio è emersa la convenienza per la stazione appaltante di provvedere in maniera differente rispetto alla prestazione inizialmente richiesta e per la quale si era determinata a contrarre ed in particolare al fine di garantire l'efficienza dell'operatività aeroportuale, di provvedere alla gestione full service dei mezzi aeroportuali”*. Le circostanze che avevano reso opportuno progettare un nuovo modello per la gestione dei mezzi aeroportuali erano poi genericamente individuate (in una successiva nota direttoriale del 15 gennaio 2018), da un lato, nell' *“aumento del traffico aereo in termini di numero dei voli e dei passeggeri”*, dall'altro nei *“recenti cambiamenti della policy delle compagnie aeree”*.

2.2. Con sentenza 30 agosto 2018, n. 1085 il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia – Sede di Bari accoglieva il ricorso della Oma e annullava la revoca della gara, ritenendola illegittima per carenza di sufficiente e idonea motivazione: respingeva tuttavia la domanda di liquidazione dell'indennizzo ex art. 21-*quinquies* della l. 241 del 1990 per insussistenza dei relativi presupposti, potendo esso riconoscersi solo in caso di provvedimenti ad efficacia durevole laddove la proposta di aggiudicazione a favore della Oma aveva carattere meramente provvisorio.

2.3. All'esito del giudizio e anche in esecuzione di tale decisione, con provvedimento n. 14587 del 14 settembre 2018 Aeroporti reiterava la revoca della gara.

2.4. Anche tale nuova revoca veniva impugnata dalla Oma per "*Violazione dell'art. 21 quinquies della L.241/1990; Violazione art. 7 L. 241/90; Eccesso di potere; sviamento; omessa considerazione dei presupposti; difetto di motivazione ed irrazionalità manifesta. Violazione dei principi generali in materia di autotutela*": lamentava in particolare la ricorrente che il nuovo atto, benché recasse una motivazione apparentemente più ampia e una più fitta trama argomentativa, fosse sostanzialmente riproduttivo del precedente e ne avesse in sostanza reiterato gli stessi vizi che ne avevano determinato l'annullamento da parte del tribunale.

2.5. La ricorrente formulava altresì anche in quel giudizio domanda risarcitoria per i danni ingiusti asseritamente derivanti dall'adozione dell'illegittimo provvedimento di revoca della gara, anche a titolo di responsabilità precontrattuale.

3. Il Tribunale amministrativo, con la sentenza in epigrafe, nella resistenza di Aeroporti, ha respinto il ricorso, ritenendo che, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, la seconda revoca all'esito del riesercizio del potere amministrativo risultasse emendata dai vizi di difetto di adeguata e congrua motivazione già riscontrati dal Tribunale (con la menzionata decisione n. 1205 del 2018) "*sub specie di integrazione postuma della motivazione, della mancata valutazione in ordine all'effettiva sussistenza dell'interesse pubblico alla rimozione della gara e, infine, della comparazione tra i contrapposti interessi*", e che fossero pure infondate le censure sollevate dalla Oma riguardo all'asserita lesione delle garanzie procedurali ex art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241, stante la natura endoprocedimentale dell'aggiudicazione provvisoria.

3.1. Il Tribunale ha respinto, quindi, anche la domanda risarcitoria sul presupposto che costituisca evento fisiologico e inidoneo ad ingenerare affidamenti tutelabili la

possibilità che all'aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva e che, comunque, nel caso di specie l'inesistenza di affidamenti tutelabili fosse comprovata dalla "*documentata dinamica delle sopravvenienze*" che ne comprovavano l'oggettiva imprevedibilità (*id est*: concreta impossibilità di previsione) per la stazione appaltante.

4. Per la riforma della sentenza ha proposto appello Oma, che ha sostanzialmente riproposto le censure già formulate nel ricorso introduttivo del giudizio, deducendo l'erroneità e l'ingiustizia delle statuizioni che le hanno ritenute infondate.

4.1. Si è costituita Aeroporti la quale ha preliminarmente riproposto le eccezioni già sollevate nel primo giudizio di inammissibilità per carenza di interesse del gravame (per non avere Oma partecipato alla nuova gara nelle more bandita, conclusasi con l'aggiudicazione in data 25 marzo 2019, e non averne neppure impugnato gli atti indittivi, sì da non poter trarre alcun effetto utile, neanche sul piano risarcitorio, da un eventuale accoglimento del ricorso), nonché per intervenuto giudicato sulla domanda risarcitoria (avendo il Tribunale adito, nel dichiarare l'annullamento della prima revoca, respinto la domanda di indennizzo e non accordato alla ricorrente il risarcimento chiesto con una istanza di giustizia analoga a quella qui formulata).

L'appellata ha comunque argomentato nel merito l'infondatezza del gravame di cui ha chiesto il rigetto, sostenendo la correttezza della sentenza impugnata sia nella parte in cui aveva ritenuto legittima la revoca nuovamente intervenuta sia con riguardo ai capi che avevano respinto la domanda risarcitoria della Oma.

4.2. In vista dell'udienza pubblica, l'appellante ha depositato memorie difensive in cui ha replicato alle argomentazioni di controparte, evidenziando l'infondatezza delle eccezioni preliminari (sostenendo in particolare che essa appellante non avrebbe avuto alcuno specifico onere di partecipare alla nuova gara, né di

impugnarne gli atti e gli esiti, dovendo piuttosto l'appellata Aeroporti, quanto all'eccezione di giudicato, interporre appello incidentale avverso le statuizioni della sentenza con il cui il tribunale aveva pronunciato nel merito sulla proposta domanda risarcitoria) e ribadendo l'erroneità del ragionamento del primo giudice nel non ravvisare l'evidente illegittimità anche della seconda revoca disposta dalla stazione appaltante.

4.3. All'udienza pubblica del 30 maggio 2019, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. I motivi di doglianza avverso le statuizioni della sentenza di primo grado possono essere così sintetizzati.

5.1. L'appellante Oma lamenta, in primo luogo, l'insussistenza di circostanze sopravvenute ed imprevedibili al momento della pubblicazione del bando tali da imporre il mutamento dell'organizzazione del servizio di manutenzione dei mezzi aeroportuali e da giustificare la revoca della gara, assumendo che le ragioni addotte dalla stazione appaltante costituirebbero in realtà meri pretesti per vanificarne gli esiti ed impedire *ad libitum* l'aggiudicazione della gara a suo favore: ciò sarebbe dimostrato, sempre ad avviso dell'appellante, dal mancato incremento, dopo la disposta revoca, del numero complessivo dei mezzi adibiti al servizio e dal fatto che gli atti della gara revocata profilassero in realtà le stesse modalità di svolgimento del servizio previste nel provvedimento di revoca (ovvero quello di tipo *full service*), come emergerebbe dal raffronto tra i due capitolati (quanto ai tempi di esecuzione degli interventi, alla previsione del noleggio dei mezzi, alla sostanziale equivalenza degli obblighi dell'appaltatore).

5.2. Ulteriore riprova dell'illegittimità della revoca per assenza dei presupposti a suo fondamento potrebbe poi trarsi dal fatto che, successivamente al provvedimento di autotutela e fino alla conclusione della nuova gara, la stazione

appaltante, per fronteggiare l'asserita emergenza, ha proceduto allo svolgimento del servizio con affidamenti diretti ad imprese scelte senza alcun confronto concorrenziale, con aggravio dei costi per le singole prestazioni rispetto a quelli accordati al gestore uscente: il che comproverebbe ulteriormente, sempre ad avviso dell'appellante, che la disposta revoca fosse in realtà preordinata a vanificare gli esiti del confronto concorrenziale.

5.3. In conclusione, l'aumento del traffico dei passeggeri e il mutamento delle *policy* di due sole compagnie non potrebbero assurgere a circostanze imprevedibili o tali da influire sulla manutenzione dei mezzi aeroportuali di proprietà della committente tanto da rendere insufficiente l'attuale modello gestionale e necessaria l'ideazione di un modello alternativo, non comprendendosi perciò neppure le ragioni per le quali solo la modifica del tipo di affidamento assicurerebbe la piena efficienza dei mezzi in rapporto alle dedotte sopravvenienze: al contrario, l'aumento del numero dei passeggeri, secondo la Oma, non comporterebbe l'aumento del numero dei voli con il conseguente incremento del traffico aereo sì da richiedere un potenziamento del servizio di manutenzione dei mezzi a terra.

5.4. Avrebbe, quindi, errato il primo giudice nel ritenere che l'aggiudicataria provvisoria sia da considerarsi alla stregua di una titolare di interesse di mero fatto o di una semplice aspettativa, non giuridicamente tutelata, avendo per converso acquisito, per effetto della partecipazione della procedura e del suo esito a lei favorevole, un interesse concreto e attuale alla conservazione degli atti di gara, di cui la stazione appaltante avrebbe dovuto tenere conto nella comparazione con gli interessi pubblici sottesi alla revoca.

5.5. La stazione appaltante ha invece leso con il provvedimento gravato il legittimo affidamento riposto dall'appellante nell'aggiudicazione a suo favore, senza neppure far precedere la reiterazione della revoca con una dovuta comunicazione di avvio

del procedimento all'appellante, titolare di una posizione differenziata al mantenimento degli atti revocati, così violando i generali principi che regolano l'esercizio dei poteri di autotutela.

5.6. La reiterazione della revoca avrebbe, infatti, solo ribadito con motivazioni più ampie ma pur sempre generiche e non confortate da dati oggettivi quanto già affermato nel provvedimento annullato dal tribunale, del tutto obliterando ogni considerazione riguardo alla specifica posizione della Oma, senza procedere ad alcuna comparazione tra i contrapposti interessi: in sostanza l'onere motivazionale sarebbe stato anche in questo caso solo apparentemente assolto da Aeroporti, mediante un'astratta enunciazione di circostanze di fatto sopravvenute ed in assenza di una prova, anche sola indiziaria, della concreta e reale incidenza che esse avevano sulle effettive modalità di gestione del servizio e, in definitiva, sulla revoca della gara.

Dal che discenderebbe ad avviso dell'appellante una manifesta violazione dei principi generali di buona fede e imparzialità, buon andamento e proporzionalità dell'azione amministrativa, in base ai quali, per un verso, la revisione dell'assetto di interessi recato dall'atto originario deve essere preceduta da un confronto procedimentale con il destinatario dell'atto che si intende revocare e, per altro verso, le ragioni addotte a sostegno della revoca devono rilevare la consistenza e l'intensità dell'interesse pubblico che si intende perseguire con il ritiro dell'atto originario ed esplicitare la sua prevalenza su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario a lui favorevole (cfr. *ex multis* Cons. di Stato, III, 29 novembre 2016, n. 5026)

5.7. L'appellante ha quindi reiterato la domanda risarcitoria formulata in primo grado, anche per equivalente monetario in caso di impossibilità dell'aggiudicazione e di stipula del contratto, nella misura pari all'utile che essa appellante avrebbe conseguito nell'esecuzione dell'appalto in base all'offerta economica formulata,

oltre al danno curriculare e al danno all'immagine, oppure da liquidarsi in via equitativa: ha, in particolare, sostenuto che ricorrerebbe qui un'ipotesi di responsabilità precontrattuale per violazione delle regole di correttezza e buona fede della stazione appaltante che ha revocato la gara dopo la sua conclusione, ma per ragioni in realtà esistenti prima della sua indizione, ledendo l'affidamento ingenerato nelle imprese concorrenti circa la serietà e la stabilità della gara stessa e, in particolare, quello dell'appellante che aveva confidato ragionevolmente, in base alla fase di avanzamento della procedura, nell'aggiudicazione a suo favore.

In via autonoma, l'appellante ha chiesto infine il ristoro del pregiudizio per effetto dell'interruzione del servizio di manutenzione affidatole in regime di proroga fino alla definizione della nuova gara e alla stipula del contratto.

6. Può prescindersi dalle eccezioni di inammissibilità sollevate *in limine* dalla difesa di Aeroporti, in quanto l'appello è infondato nel merito.

6.1. Deve anzitutto rammentarsi che con il provvedimento gravato la stazione appaltante ha reiterato la revoca della gara in oggetto nella quale Oma era stata dichiarata aggiudicataria provvisoria.

6.2. Va inoltre evidenziato, in linea generale, come, anche in materia di procedure ad evidenza pubblica e contratti della pubblica amministrazione, l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione di non procedere affatto all'aggiudicazione della gara e di disporre la revoca deve trovare fondamento in specifiche ragioni di pubblico interesse che devono essere chiaramente indicate e non risultare manifestamente irragionevoli (Cons. di Stato, III, 15 maggio 2012, n. 2805; id., III, 16 febbraio 2012, n. 833) ed esige quindi una motivazione adeguata e convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione dei contrapposti interessi, a tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla.

6.3. Come già accennato nella parte in fatto, in applicazione di tali principi il Tribunale amministrativo aveva annullato la prima revoca del procedimento di gara (con la sentenza n. 1205/2018, passata in giudicato), ritenendo appunto che la sua stringata motivazione non desse contezza delle effettive ragioni che avevano indotto Aeroporti all'adozione dell'atto gravato: non erano, infatti, chiarite le concrete ragioni per le quali il modello operativo posto a base della gara revocata fosse inadatto o inadeguato a garantire la convenienza rispetto al nuovo modello, in termini di soddisfazione delle sopravvenute esigenze, neppure peraltro adeguatamente rappresentate effettivamente come tali, nei pochi mesi conseguenti alla pubblicazione del bando e dirompenti al punto tale da imporre l'abbandono della vecchia procedura per addivenire ad una nuova gara; motivazioni tanto più necessarie in presenza di puntuali contestazioni da parte della Oma tese a smentire l'esistenza in radice di quelle sopravvenienze e a rimarcare che le diverse modalità di gestione che avrebbero dovuto sorreggere la nuova gara erano in realtà già presenti nella gestione in corso.

6.4. Tanto premesso, il Collegio qui rileva che correttamente il primo giudice ha ritenuto il provvedimento adottato in sede di riesercizio del potere esente dai vizi di carenza di motivazione riscontrati nella revoca originaria.

6.5. Ed infatti, Aeroporti ha compiutamente rappresentato nel provvedimento reiterativo le ragioni di interesse pubblico che, alla luce di circostanze di fatto, sopravvenute ed imprevedibili al momento della pubblicazione del bando, giustificavano la revoca della gara in questione e ne scongiuravano la prosecuzione.

6.6. In particolare, quanto alle sopravvenienze, la stazione appaltante ha evidenziato, in primo luogo, come il considerevole aumento del traffico di passeggeri sugli scali pugliesi, di cui Aeroporti ha potuto avere compiutamente contezza solo al termine dell'anno 2017, si sia nel tempo attestato su livelli assai rilevanti rispetto agli incrementi previsti e del tutto inattesi, registrando un

aumento stabile dell'8,4 per cento nel 2017 rispetto all'anno precedente (a fronte di un tasso di crescita previsto per il 2016, sulla base di una valutazione *ex ante* effettuata dal gestore aeroportuale, pari al 2,6 per cento).

Inoltre, la nuova revoca ha richiamato a suo fondamento la comunicazione (solo dopo la pubblicazione del bando di gara) delle nuove (e più restrittive) *policy* aziendali da parte di due delle principali compagnie aeree operanti negli scali pugliesi (l'ungherese Wizz Air e l'irlandese Ryanair) in base alle quali, con riguardo al trasporto dei bagagli a mano, i passeggeri senza imbarco prioritario avrebbero dovuto imbarcare il secondo bagaglio in stiva.

6.7. Non può poi condividersi quanto assume l'appellante circa l'asserita mancata dimostrazione da parte della stazione appaltante dell'incidenza di tali circostanze sulla gara revocata: al contrario, il provvedimento impugnato contiene una puntuale disamina delle concrete ragioni per cui tali sopravvenienze erano idonee a riflettersi sull'organizzazione del servizio di gestione dei mezzi aeroportuali.

6.7.1. Il provvedimento gravato evidenzia, infatti, come il contestuale verificarsi di tali circostanze imponessero al gestore aeroportuale di avere la disponibilità di un numero maggiore di mezzi sempre tutti efficienti e fruibili e disponibili anche contemporaneamente durante le operazioni da compiere sotto bordo, anche in considerazione degli esigui tempi di transito degli aeromobili e dell'incidenza delle compagnie anzidette sul totale del traffico degli aeroporti di Bari e Brindisi, precisando ad ulteriore riprova che, nelle more dell'espletamento della gara per l'affidamento del servizio *full service*, Aeroporti si fosse già dovuta dotare di mezzi in aggiunta a quelli attualmente di sua proprietà da destinarsi ai predetti scali.

In presenza di una siffatta modifica degli elementi di fatto rispetto a quelli considerati al momento dell'indizione della precedente, si imponeva, dunque, o era quanto meno opportuna una revisione delle modalità di gestione del servizio, poiché, come testualmente si legge nel provvedimento impugnato, "*una tale*

disponibilità di mezzi ed efficienza di gestione possono essere garantite soltanto mediante un contratto full service che preveda anche il noleggio dei mezzi, oltre che la loro manutenzione, e che imponga all'appaltatore stringenti obblighi di servizio in tal senso, quali ad esempio: i) l'obbligo di assicurare e garantire sempre un numero prefissato di mezzi giornalieri; ii) l'obbligo di ridurre la frequenza dei guasti; iii) l'obbligo di ridurre il tempo di indisponibilità dei mezzi”.

Al fine di disporre di mezzi ulteriori rispetto a quelli già in dotazione, più nuovi e in stato di continua e piena efficienza sì da sopperire alle mutate esigenze, la stazione appaltante si è determinata a modificare le modalità di svolgimento del servizio mediante una gestione *full service* che comprendesse anche il noleggio e ogni tipo di manutenzione sia ordinaria sia straordinaria dei mezzi di rampa, precisando al contempo che si trattava di un servizio diverso da quello oggetto della precedente gara, nella quale l'oggetto e l'importo stimato si riferivano solo ed esclusivamente alla manutenzione ordinaria mentre quella straordinaria era solo eventuale e rimessa alla preventiva valutazione e richiesta della stazione appaltante, potendo essere oggetto di affidamento diretto da parte di quest'ultima.

In sintesi, solo una modalità di gestione *full service* garantiva più elevati livelli di servizio (così evitando l'applicazione delle penali previste dai contratti di *handling*), posto che la disponibilità costante di tutti i mezzi di rampa assicura la puntualità dei voli in partenza e diminuisce pure gli spostamenti degli stessi tra le varie piazzole di sosta aeromobili, con conseguente riduzione dei possibili rischi derivanti da eventuali interferenze con altri mezzi presenti contestualmente su dette piazzole: di tutti questi profili il provvedimento di revoca gravato dà compiutamente contezza.

6.8. In conclusione, come rilevato dal primo giudice, Aeroporti ha, dunque, individuato nell'esigenza di assicurare, alla luce dei nuovi fabbisogni, una migliore e più efficace organizzazione e operatività del servizio e, per tale via, l'efficienza e la sicurezza degli scali aeroportuali i concreti motivi di interesse pubblico che

imponessero la revoca della gara in oggetto, al contempo precisando che gli interessi privati dell'impresa, anche in considerazione dello *status* della procedura al momento della revoca e dell'assenza di effetti già consolidatisi nella propria sfera giuridica, non potevano che assumere carattere recessivo.

Del resto, l'interesse dell'appellante ben poteva essere soddisfatto mediante la partecipazione della concorrente alla nuova gara indetta all'esito della revoca della precedente, evenienza tuttavia non verificatasi.

6.9. Pertanto, alla luce delle precedenti considerazioni, il primo giudice ha a ragione rilevato che la Oma si fosse limitata ad affermare genericamente che il nuovo provvedimento fosse inficiato dai medesimi vizi della revoca originaria senza però fornire prova alcuna, neanche indiziaria, né dell'insussistenza e della non incidenza delle sopravvenienze né dell'asserita identità dell'oggetto della nuova gara e di quella precedente: ed ha quindi concluso, con statuizioni esenti dalle censure dedotte, che da un lato nel fare riferimento agli affidamenti diretti cui Aeroporti ha dovuto fare ricorso per la manutenzione straordinaria dei mezzi nelle more dell'espletamento della nuova procedura, l'appellante avesse implicitamente ammesso l'inadeguatezza del precedente modello operativo su cui si fondava la gara revocata (così smentendo l'assunto secondo cui detti affidamenti dimostravano che la revoca in questione fosse in effetti solo volta a rimuovere gli esiti del confronto concorrenziale a favore di una concorrente non gradita); dall'altro che le due gare non avessero affatto lo stesso oggetto posto che, come evincibile dal raffronto tra i due capitolati, la nuova procedura aveva un oggetto ben più ampio, comprensivo sia dell'attività di noleggio sia della manutenzione straordinaria, che nella prima gara costituiva un servizio a richiesta non remunerato dal canone dovuto all'affidataria.

Risultano parimenti generiche e indimostrate, assurgendo così a mere affermazioni di principio, le doglianze di parte appellante circa l'inutile aggravamento della spesa

pubblica con riguardo ai prezzi accordati per le singole prestazioni di manutenzione, asseritamente maggiori di quelli già corrisposti al gestore uscente.

7. Sono poi infondate le critiche nei confronti della sentenza di prime cure laddove il Tribunale amministrativo ha respinto le censure sollevate dalla Oma riguardo all'asserita lesione delle garanzie procedurali ex art. 7 della legge n. 241 del 1990 stante l'omessa comunicazione di avvio del procedimento della seconda revoca da parte di Aeroporti.

7.1. Come recentemente statuito dalla giurisprudenza anche di questa Sezione (cfr. Cons. di Stato, V, 14 dicembre 2018, n. 7056), va anzitutto osservato come le invocate garanzie procedurali non trovano applicazione per gli atti meramente procedurali, tra cui deve annoverarsi l'aggiudicazione provvisoria, che fa nascere in capo all'interessato solo una mera aspettativa alla definizione positiva del procedimento stesso, ma non costituisce il provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica, avendo, per sua natura, un'efficacia destinata ad essere superata (all'esito dell'aggiudicazione definitiva): a conferma di tale ricostruzione deve aggiungersi che con l'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) l'aggiudicazione provvisoria è stata sostituita dalla "proposta di aggiudicazione" (art. 33) che a fortiori postula la non definitività dell'atto. Pertanto, ai fini del suo ritiro, non vi è obbligo di avviso di avvio del procedimento ovvero di preavviso di rigetto ex art. 10-*bis* l. n. 241 del 1990.

7.2. Vero è che, nel caso di specie, la stazione appaltante non ha solo revocato l'aggiudicazione provvisoria, ma l'intera procedura di gara: tuttavia, per un verso non può ignorarsi che al momento dell'intervenuta revoca era soltanto intervenuta una proposta di aggiudicazione a favore della prima classificata nella graduatoria provvisoria (la cui revoca o mancata conferma, secondo la giurisprudenza, non è qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato: cfr. Cons. di Stato, V,

14 dicembre 2018, n. 7056); per altro verso l'appellante non ha dimostrato quale ulteriore e concreta utilità avrebbe potuto apportare in caso di instaurazione del contraddittorio procedimentale né ha indicato quali elementi avrebbe potuto fornire al fine di determinare diversamente la stazione appaltante e indurla alla conservazione degli atti di gara, posto che, come già rilevato, non ha comprovato nemmeno in giudizio né l'insussistenza e ininfluenza delle sopravvenienze né l'identità dell'oggetto dei due affidamenti.

8. Infine, meritano conferma le statuizioni di prime cure di rigetto della domanda risarcitoria formulata in primo grado e qui riproposta dall'appellante: e ciò in quanto, a prescindere dalla questione in ordine all'idoneità dell'aggiudicazione provvisoria a radicare nell'impresa partecipante affidamenti tutelabili in ordine al conseguimento dell'aggiudicazione definitiva, con il conseguente obbligo risarcitorio a carico della stazione appaltante a titolo di responsabilità precontrattuale o da "contatto qualificato", nel caso di specie non è riscontrabile, anche alla luce della tempistica con cui sono stati adottati i provvedimenti di revoca e di quanto puntualmente evidenziato nelle motivazioni esternate, alcuna violazione da parte dell'appellata Aeroporti dei doveri di buona fede, lealtà e correttezza.

8.1. Ed infatti, come correttamente rilevato dal primo giudice, la documentata dinamica delle sopravvenienze, sia con riguardo all'aumento del traffico dei passeggeri sia in relazione al mutamento delle *policy* aziendali da parte di due dei principali vettori aerei operanti negli scali ove il servizio andava espletato, *"ragionevolmente esclude che la stazione appaltante fosse stata in grado di conoscere, in una fase anteriore all'indizione della gara, l'esistenza e l'impatto delle problematiche e criticità che hanno poi condotto alla revoca della procedura"*: ed invero, deve concludersi che proprio l'inatteso sopraggiungere di tali criticità rendeva inesigibile secondo buona fede la conclusione da parte della stazione appaltante di una gara per l'affidamento

del servizio in oggetto secondo modalità organizzative non più idonee a soddisfare le mutate esigenze e, in definitiva, lo stesso interesse generale (*id est*: assicurare l'efficienza e la sicurezza degli scali aeroportuali) cui quell'affidamento era preordinato.

8.2. Va parimenti respinta l'istanza di risarcimento del pregiudizio subito per effetto dell'interruzione del servizio affidato alla Oma in regime di proroga sino alla definizione del procedimento di gara (in conseguenza della nota con cui la stazione appaltante aveva convocato il gestore uscente per la redazione del verbale di ultimazione delle prestazione e riconsegna degli spazi concessi), costituendo tale incombente piuttosto lo sbocco fisiologico di un rapporto che aveva ormai integralmente esaurito la propria capienza e inidoneo, per quanto detto, a far fronte alle mutate esigenze e a garantire la migliore e più efficiente organizzazione del servizio.

9. In conclusione, l'appello va respinto.

10. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in 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 Oma Service s.r.l. alla rifusione delle spese di giudizio a favore della costituita Aeroporti di Puglia s.p.a. che liquida forfettariamente in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre oneri accessori se dovuti per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO