



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 144 del 2010, proposto da:
F.B.F. Impianti Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Mauro Albertini, Alessandro Tudor, Alessandro Veronese e Matteo Munarin, con domicilio eletto presso il secondo, in Trieste, Galleria Protti 1;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine, rappresentata e difesa dall'avv. Sergio Grillone, con domicilio eletto presso la Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

per l'annullamento

del decreto del Direttore Generale dell'Az. Ospedaliero Universitaria S. Maria della Misericordia di Udine, dd. 23 dicembre 2009 n. 1365-60743 e della nota dd. 12 gennaio 2010 prot. n. 1086, per l'accertamento del fatto che nella gara indetta dall'Az. Osp. di Udine con Bando dd. 12 febbraio 2009, prot. n. 7001, è intervenuta l'aggiudicazione definitiva ai sensi degli artt. 11 e 12 del D. Lgs 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i. a favore del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese tra

F.B.F. Impianti srl e Job Impianti srl, nonchè per la condanna dell'Azienda controinteressata al risarcimento dei danni subiti e subendi derivanti dall'esecuzione del decreto 23 dicembre 2009.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliero Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2011 il dott. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La ricorrente Società impugna il provvedimento n. 1365-60743 del 23.12.09 con il quale la resistente Azienda Ospedaliera Santa Maria della Misericordia di Udine ha annullato in autotutela la gara a procedura aperta per l'affidamento di un contratto di durata biennale (del valore di € 2.000.000,00) per l'esecuzione di interventi di manutenzione ordinaria e programmata degli impianti termici e idrico-sanitari dell'Azienda medesima, riservandosi di indire una nuova gara per la sola manutenzione straordinaria; nonchè per l'accertamento del suo diritto all'aggiudicazione e/o per la condanna della resistente a riconoscere l'indennizzo previsto dall'art. 21-quinquies della L.241/90, nella misura indicata - ovvero che risulterà in corso di causa - eventualmente anche ai sensi dell'art. 1226 c.c., con rivalutazione monetaria e interessi.

1.1. - In fatto, espone che la resistente Azienda, con atto del 28.11.07, aveva bandito una gara (di seguito: gara n. 1) per l'affidamento della concessione e gestione di un Nuova Centrale Tecnologica, con gestione transitoria degli impianti

esistenti, ivi compresa la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti termici, di condizionamento ed elettrici. Successivamente però si orientava nel senso di bandire - in attesa di individuare il futuro concessionario - la gara di cui si controverte (di seguito: gara n. 2), per l'affidamento della manutenzione degli impianti, per la durata di due anni, ad altro soggetto.

La ricorrente (in costituenda ATI) ha partecipato alla gara n. 2, collocandosi al primo posto.

Con nota del 9.4.09, l'Azienda chiedeva alla Ditta di produrre idonee giustificazioni per la verifica della congruità dell'offerta. A questo punto - del tutto ingiustificatamente, a dire della ricorrente - la procedura si interrompeva (anche se l'istante afferma che, nel corso di un incontro, il giorno 2.9.09, l'Azienda aveva rappresentato di aver valutato le giustificazioni e ritenuta congrua l'offerta).

Il 19.10.09, l'Azienda ha chiesto alla ricorrente di "mantenere valida l'offerta presentata per un ulteriore periodo, stimato indicativamente in 120 giorni", e l'istante ha acconsentito.

In data 30.11.09, tuttavia, perdurando l'inerzia della S.A., la Ditta dapprima ha invitato la resistente a formalizzare il giudizio di congruità dell'offerta e procedere all'aggiudicazione definitiva, e, con successivo atto di significazione del 7.1.10, l'ha formalmente diffidato.

In risposta, l'Amministrazione ha notificato il decreto del 23.12.09, qui opposto, con cui comunicava l'intervenuto annullamento in autotutela della gara n. 2, poichè il 6.10.09 era intervenuta la sottoscrizione del contratto con il vincitore della gara n.1, cui erano stati affidati anche i lavori oggetto della gara n. 2.

1.2. - Questi i motivi di ricorso:

1) violazione dell'art. 7 della L. 241/90. Violazione del principio di giusto procedimento; difetto di istruttoria e dell'art. 97 della Costituzione:

2) violazione degli artt. 21-quinquies e 21-nonies della L. 241/90. Difetto di presupposti, di istruttoria e di motivazione. Violazione del principio di proporzionalità; del dovere di buona fede e correttezza. Sviamento. Violazione di principi di efficacia, economicità e buon andamento.

3) Con questo motivo l'istante esplicita le ragioni per le quali ritiene essersi inverteata per silentium l'aggiudicazione definitiva, e lamenta la violazione degli artt. 11 e 12 del D.Lg. 163/06 e dell'art. 10 del Disciplinare; nonché difetto di istruttoria e motivazione.

2. - L'Azienda, costituita, puntualmente controdeduce nel merito del ricorso, concludendo per la sua reiezione.

3. - Il ricorso è fondato in parte, nei termini che verranno appresso indicati.

3.1. - Va precisato che la ricostruzione in fatto esposta dalla ricorrente nel ricorso è stata integrata dall'Amministrazione con alcune, non irrilevanti, puntualizzazioni.

Precisa, innanzi tutto, la S.A. di aver deciso di bandire la gara n. 2 - di durata biennale ed avente ad oggetto parte delle prestazioni ricomprese nella gara n. 1 - per sopperire, nelle more dello svolgimento della stessa, alle necessità di manutenzione dei propri impianti, avendo preventivato tempi piuttosto lunghi per la conclusione della procedura di concessione (che, invece, veniva completata prima del previsto, con ciò rendendo inutile e/o economicamente inopportuno portare a termine la gara di cui si controverte). Evidenzia, inoltre, l'Azienda che alla stessa avevano partecipato svariati soggetti, tra cui (per quanto qui rileva) anche Fabbro Vanni s.r.l., che, all'esito dell'esame delle offerte tecnica ed economica, risultava prima in classifica, seguita dalla ricorrente. Fabbro Vanni s.r.l. veniva peraltro esclusa, per aver omesso di accludere l'impegno a mantenere invariato il ribasso offerto per tutto il periodo contrattuale e la propria offerta per 180 giorni.

La ricorrente risultava, quindi, la prima in graduatoria, ma, apparendo la sua offerta anormalmente bassa, veniva invitata a presentare le proprie giustificazioni, che, pur essendo pervenute in tempo utile, di fatto non venivano mai esaminate.

E ciò, afferma l'Azienda, perché la ditta Fabbro Vanni s.r.l., in data 20.4.09, aveva presentato istanza di riammissione, sulla scorta del parere dell'Autorità di Vigilanza n. 21 del 12.2.09. A questo punto la S.A. provvedeva a sua volta a interpellare l'Autorità, che, con il proprio parere n. 12 del 22.10.09, confermava l'illegittimità dell'esclusione.

Nel frattempo tuttavia, come già esposto - prima che la S.A. avesse deciso se riammettere o meno la Ditta esclusa alla procedura - il 6.10.09 era intervenuta la sottoscrizione del contratto con il vincitore della gara n.1, cui erano affidati anche i lavori oggetto della gara n. 2. Ciò induceva l'Azienda. ad “annullare in autotutela” la gara di cui si controverte.

3.2. - Tanto premesso in fatto, vanno ora esaminati i diversi motivi di ricorso, non prima però di aver correttamente qualificato l'atto qui opposto..

L'Amministrazione ha denominato il proprio provvedimento “annullamento procedura di gara in via di autotutela”, ma, nel corpo dello stesso - ripercorsi gli eventi fattuali pregressi, così come in precedenza riassunto - espressamente dichiara che attribuire ad altro soggetto parte dei lavori già affidati in concessione “costituirebbe fattispecie viziata nel merito”, oltrechè ipotesi di possibile danno erariale.

Questa tipologia di autotutela costituisce un esempio scolastico non di annullamento d'ufficio (che presuppone l'esistenza di una originaria illegittimità dell'atto), bensì di revoca, come delineata dall'art. 21-quinquies della L. 241/90 che così si esprime: “per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere

revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti”.

La P.A, nel caso di specie, ha all'evidenza proceduto alla revoca dell'indizione della gara per sopravvenuti motivi di pubblico interesse.

3.3. - Giova partire dall'ultimo motivo di ricorso, con il quale l'istante lamenta la violazione degli artt. 11 e 12 del D.Lg. 163/06, in quanto, risalendo l'aggiudicazione provvisoria in capo alla deducente alla data dell'8.4.09 - quando il costituendo R.T.I. di cui la ricorrente è capogruppo-mandataria è stato valutato quale soggetto che ha presentato la miglior offerta - l'aggiudicazione definitiva deve ritenersi intervenuta per silentium, essendo decorso il termine di cui all'art. 12.

Così non è. Infatti nella seduta dell'8.4.09, la Commissione, dopo aver escluso la ditta Fabbro Vanni s.r.l. (che aveva ottenuto il miglior punteggio) non ha “aggiudicato provvisoriamente” la gara alla ricorrente (seconda classificata), ma si è limitata a indicare la sua offerta come migliore, sottoponendola peraltro a verifica di congruità perché anormalmente bassa (dispone infatti l'art. 88, comma 7, del D.Lg. 163/06 che “la stazione appaltante sottopone a verifica la prima migliore offerta, se la stessa appaia anormalmente bassa, e, se la ritiene anomala, procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala”). Tale verifica non è giunta a compimento o, quanto meno, non è mai stata formalizzata.

Ne consegue che - a prescindere dalle vicende che hanno successivamente interessato la Ditta Fabbro Vanni s.r.l. - non essendo stata disposta alcuna aggiudicazione provvisoria, né conclusa la verifica di anomalia, l'aggiudicazione definitiva non può essersi consolidata per silentium.

3.4. - Col primo motivo l'istante lamenta l'omessa comunicazione di avvio del procedimento di autotutela.

La doglianza non è fondata.

Infatti, per costante giurisprudenza, in materia di appalti, l'unico atto di autotutela che necessita di previa comunicazione di avvio del procedimento è quello che investe l'aggiudicazione definitiva, in quanto, negli altri casi, "allorquando la P.A. intenda esercitare il proprio potere di autotutela nel corso di una procedura di gara non ancora assistita... dal provvedimento finale, non dà luogo ad un nuovo procedimento amministrativo, ma tale attività di ritiro si innesta all'interno dell'unico procedimento iniziato con l'emissione del bando e destinato a concludersi con l'intervento dell'aggiudicazione definitiva; conseguentemente, l'Amministrazione non è tenuta a dare comunicazione dell'avvio del relativo procedimento" (così Tar Lazio - Roma, n. 33000/10; si veda anche TAR Piemonte n. 1222/10, secondo cui "il provvedimento di revoca di una gara pubblica che intervenga prima dell'aggiudicazione definitiva non deve essere preceduto dall'avviso dell'inizio del procedimento; questo rendendosi necessario soltanto qualora le risultanze della gara siano state approvate". Cfr., in termini, anche: T.A.R. Abruzzo - L'Aquila, n. 11/10 e T.A.R. Campania - Napoli, n. 2263/10).

3.5. - Col secondo motivo, la ricorrente si duole della mancanza dei presupposti per addivenire alla revoca della gara, a suo dire giustificata dall'Azienda col mero riferimento alla necessità di ripristinare la legalità violata, senza adeguata valutazione degli interessi di tutte le parti coinvolte. Rileva, inoltre, la sussistenza di una palese mala fede in contrahendo (di cui chiede ristoro), dato che la S.A. in data 19.10.09, quindi dopo la stipulazione del contratto conseguente all'aggiudicazione della gara n. 1 (intervenuto il 6.10.09) aveva chiesto di mantenere ferma l'offerta presentata per ulteriori 120 giorni. Da ultimo, osserva che, trattandosi, nella specie di revoca per sopravvenuta diversa valutazione del pubblico interesse, e non di

annullamento d'ufficio, era comunque dovuto l'indennizzo di cui all'art. 21-quinquies della L. 241/90.

Questo motivo va accolto in parte.

3.5.1. - Esso è infondato laddove afferma non esservi le ragioni di pubblico interesse che giustificano la revoca, ma coglie nel segno quando lamenta la mancata corresponsione dell'indennità di cui all'art. 21-quinquies.

La S.A. ha infatti posto a base del proprio provvedimento di autotutela la (sopravvenuta) circostanza che il contratto per la manutenzione degli impianti dell'Azienda che formava oggetto della gara n. 2, era oramai inutile, essendosi nel frattempo conclusa la procedura di affidamento in concessione, anche dei lavori di cui alla gara revocata, al vincitore dell'appalto n. 1. Risponde quindi sia alle regole di buona amministrazione che alle regole contabili, non duplicare il costo di un medesimo servizio.

Peraltro, come precisa l'art. 21-quinquies, comma 1, della L. 241/90 "se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'Amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo". Nel caso di specie, la ricorrente, che ha inutilmente preso parte alla gara, dovrà essere indennizzata di tutte le spese (documentate) che ha dovuto sostenere per la partecipazione all'appalto (con rivalutazione e interessi al saldo).

3.5.2. - Nel caso all'esame è ravvisabile anche la responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., in quanto, pur avendo adottato la S.A. una legittima delibera di revoca della gara, ha tenuto un contegno che risulta complessivamente contrario ai canoni della buona fede e correttezza, soprattutto perché, appena accortasi della sussistenza di motivi di interesse pubblico che consigliavano di intraprendere altre strade, non ha immediatamente ritirato i precedenti provvedimenti, ma ha inutilmente prolungato lo svolgimento della gara per un certo periodo, così inducendo la ricorrente a confidare nelle chances di conseguire l'appalto; tant'è

che, pur dopo che la gara n. 1 si era conclusa, l'Azienda ha chiesto alla ricorrente di mantenere ulteriormente ferma la propria offerta ancora per 120 giorni.

Ai fini della commisurazione del danno risarcibile, peraltro, non può darsi ingresso alle pretese della ricorrente che chiede il ristoro del mancato utile, del danno curricolare e delle spese generali, poiché essa parte dall'errato presupposto di aver conseguito quanto meno l'aggiudicazione provvisoria (mentre, come precisato, così non è), o di avere comunque avuto titolo all'aggiudicazione definitiva (laddove, invece, la procedura si era arrestata prima ancora dell'effettuazione della verifica della congruità della sua offerta).

3.5.3. - Va comunque verificato se, a titolo di responsabilità precontrattuale, alla ricorrente spetti *quid pluris*, rispetto a quanto dovuto a titolo di indennizzo.

Secondo le regole generali in tema di *culpa in contrahendo*, deve aversi riguardo all'interesse negativo, corrispondente al danno emergente (che, nella specie, poiché viene a coincidere con le spese effettivamente sostenute per la partecipazione alla gara, che verranno ristrate a titolo di indennizzo, non possono essere duplicate) ed al lucro cessante, cioè alle occasioni contrattuali perse per aver confidato nell'impegno assunto; restando escluso il risarcimento dell'utile che si sarebbe conseguito con l'esecuzione del contratto in quanto la ricorrente, come si è detto, non può dimostrare con sufficiente certezza di aver perso l'opportunità di aggiudicarsi la commessa, per effetto della disposta revoca (cfr., *ex plurimis*, C.S., n. 5574/08). Poiché però la ricorrente nulla deduce in ordine ad eventuali occasioni perdute a causa del protrarsi della procedura indetta dall'Azienda, la liquidazione del danno va circoscritta alle spese sostenute per la partecipazione alla gara poi revocata, che è esattamente ciò che l'istante ha comunque ottenuto a titolo di indennizzo.

In definitiva, il ricorso va accolto in parte, limitatamente alla domanda di indennizzo conseguente a legittima revoca, con la conseguenza che la resistente

Azienda dovrà corrispondere alla ricorrente tutte le spese documentate sostenute per la partecipazione alla gara, incrementate da rivalutazione e interessi al saldo.

4. - In ragione della parziale soccombenza, le spese e competenze di causa possono essere totalmente compensate tra le parti, ad eccezione del contributo unificato che l'Azienda rifonderà alla ricorrente (all'atto del passaggio in giudicato della sentenza), ai sensi dell'art. 13, comma VI bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'art. 21 della L. 4 agosto 2006, n. 248, il contributo unificato pari ad € 2.000,00 (duemila/00)

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie in parte, nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, condanna l'Azienda resistente ad indennizzare la ricorrente F.B.F Impianti s.r.l. delle spese per la partecipazione alla gara, con rivalutazione e interessi la saldo.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti, ad eccezione del contributo unificato, pari ad € 2.000,00 (duemila/00).

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere

Rita De Piero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/02/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)