



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 556 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Berti Sisto & C. Lavori Stradali s.p.a. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Gilberto Giusti, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via Santa Reparata 40;

contro

l'Azienda Sanitaria 10 di Firenze in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Filippo Donati, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via dei Servi 49;

nei confronti di

Cooperativa di Costruzioni in qualità di capogruppo del raggruppamento temporaneo di imprese con ITE Group s.p.a., non costituita;

per l'annullamento

- della comunicazione dell'Azienda Sanitaria di Firenze in data 24.02.2012, prot. 12812/36.1.3, a firma del Direttore S.C. Programmazione e Gestione Beni e Servizi Dott. Marco Brintazzoli, avente per oggetto: "Gara n. 60/2009 appalto concorso per la realizzazione del parcheggio strutturale - sistemazione a verde e della viabilità presso il presidio ospedaliero Nuovo San Giovanni di Dio in località Torregalli - Firenze. Esito verifica congruità offerta da parte del Responsabile del procedimento";

- della relazione in data 21.02.2012, prot. 102 rif. P.I., Azienda Sanitaria Firenze, a firma del RUP Fabio Tittarelli, indirizzata al Dr. Marco Brintazzoli allegato alla comunicazione AS Firenze del 24.02.2012 Prot. 1281/36.1.3, avente ad oggetto: Appalto n. 60/2009 "Appalto concorso per la realizzazione del parcheggio strutturale - sistemazione a verde e della viabilità presso il P.O. Nuovo San Giovanni di Dio Località Torregalli - Firenze. Verifica della congruità offerta. Trasmissione osservazioni finali e relativa proposta del R.d.P." con le relative tabelle allegate, e di tutti gli atti del procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta, nonché di ogni altro atto presupposto, conseguente, connesso e consequenziale;

giusta motivi aggiunti depositati in data 25/05/2012, per l'annullamento della deliberazione n. 271 del 12.04.2012 del Direttore Generale dell'Azienda USL 10 Firenze, avente ad oggetto: "Intervento di realizzazione di un parcheggio strutturale e di sistemazione dell'area a verde e della viabilità presso il P.O. Nuovo San Giovanni di Dio in località Torregalli - Firenze. Revoca procedura gara di appalto", e di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, nonché per il risarcimento dei danni conseguenti.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria 10 di Firenze;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 gennaio 2013 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Azienda Sanitaria 10 di Firenze (nel seguito: "Azienda") ha indetto un appalto concorso, a procedura aperta e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per realizzare un parcheggio con sistemazione del verde e della viabilità presso il polo ospedaliero Nuovo San Giovanni di Dio in località Torregalli. All'esito della procedura l'aggiudicazione è stata disposta a favore dell'impresa Berti Sisto & C. Lavori stradali s.p.a.

La stazione appaltante ha ritenuto necessario valutare la congruità dell'offerta vincitrice ed ha quindi richiesto all'aggiudicataria le giustificazioni relative alle voci di prezzo indicate nella stessa; all'esito della procedura ha ritenuto inaffidabile la proposta contrattuale e tale determinazione è stata comunicata con nota 24 febbraio 2012, di cui al prot. 12812/36.1.3. La determinazione, in uno con la relazione del Responsabile di procedimento e tutti gli atti della procedura di valutazione dell'anomalia dell'offerta, è stata impugnata dall'impresa Berti Sisto & C. Lavori stradali s.p.a. con ricorso notificato il 30 marzo 2012 e depositato il 13 aprile 2012, per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili, chiedendone altresì la sospensione in via interinale.

Si è costituita l'Azienda chiedendo l'inammissibilità e comunque il rigetto del ricorso nel merito.

L'Azienda, con successiva deliberazione 12 aprile 2012 n. 271, ha deciso di non approvare l'aggiudicazione dell'appalto in questione e di revocare la deliberazione con cui era stata indetta la gara.

Con ordinanza 4 maggio 2012, n. 290, questo Tribunale ha dato atto della rinuncia da parte della ricorrente alla domanda cautelare.

La deliberazione dell'Azienda n. 271/2012 è stata poi impugnata con motivi aggiunti, notificati il 16 maggio 2012 e depositati il 25 maggio 2012, per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

L'Azienda ha chiesto il rigetto anche del ricorso per motivi aggiunti.

All'udienza del 9 gennaio 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La vicenda in esame trae origine dalla partecipazione dell'impresa ricorrente ad una gara per l'affidamento di un contratto per lavori pubblici, nella quale si è classificata al primo posto in graduatoria conseguendo l'aggiudicazione provvisoria. Tuttavia, all'esito della verifica sull'anomalia della sua offerta, la stazione appaltante non ha accettato le giustificazioni fornite.

Con il ricorso principale la ricorrente impugna quindi gli atti del procedimento di tale valutazione per i motivi seguenti.

Con primo motivo lamenta che il procedimento per la verifica dell'anomalia sia stato aperto dal Responsabile di procedimento e non dalla Commissione di gara.

Con secondo e articolato motivo deduce che la valutazione effettuata dalla stazione appaltante sia affetta da numerosi vizi logici.

Con terzo motivo si duole che il Responsabile di procedimento abbia esaminato solo venti analisi prezzi sulle

centosessantuno presentate.

Con quarto motivo rileva che per l'esecuzione del sistema strutturale la sua offerta prevedeva, in effetti, di acquistare da altra impresa alcune importanti strutture, tuttavia essa stessa avrebbe provveduto a metterle in opera sicché in tale operazione non potrebbe evincersi l'esistenza di un subappalto, come pretende la stazione appaltante. Successivamente questa ha revocato la procedura di gara, e con motivi aggiunti la ricorrente impugna tale decisione lamentando in primo luogo difetto di motivazione. Il piano degli investimenti dell'Azienda, infatti, era stato valutato positivamente dalla Giunta della Regione Toscana con deliberazione 28 novembre 2011, n. 1051, e non si comprende quindi come mai, a motivazione della revoca, la prima sostenga che non è stato possibile includere la realizzazione dei lavori di cui si tratta tra gli interventi strategici.

Deduce inoltre che le operazioni di gara sono giunte fino all'individuazione dell'aggiudicatario provvisorio e pertanto l'Azienda non potrebbe richiamare, al fine di sgravarsi degli oneri conseguenti alla revoca, la clausola contenuta nel bando di gara con cui si era riservata la facoltà di non dar luogo alla stessa o di prorogare la data per comprovate ragioni, senza che i concorrenti potessero accampare pretese.

Formula poi richiesta risarcitoria sia per il caso di annullamento della revoca, che per il caso in cui venga ritenuta legittima, in quest'ultima ipotesi a titolo di responsabilità precontrattuale poiché l'Azienda avrebbe leso il legittimo affidamento ingenerato con l'indizione della gara.

L'Azienda intimata replica puntualmente alle deduzioni della ricorrente, sostenendo in particolare la legittimità della propria decisione di revocare la gara che sarebbe supportata da adeguata motivazione.

2. La trattazione deve logicamente cominciare dall'esame del ricorso per motivi aggiunti proposto avverso la deliberazione con la quale l'Azienda ha revocato la procedura di cui si tratta. A questo proposito la prima questione da affrontare è la legittimità del provvedimento di revoca.

Il Collegio ritiene che nel caso di specie il potere di revoca sia stato correttamente esercitato.

Va ricordato che il procedimento di gara era giunto solo alla fase dell'aggiudicazione provvisoria e, in disparte il rigetto delle giustificazioni sull'anomalia dell'offerta presentata dalla ricorrente, la posizione di questa non poteva dirsi consolidata e nemmeno il suo affidamento. E' solo l'aggiudicazione definitiva che consolida l'aspettativa dell'aggiudicatario alla stipulazione del contratto pubblico, mentre quella provvisoria è provvedimento interinale insuscettibile di generare un affidamento qualificato (*ex multis*, C.d.S. V, 18 novembre 2011 n. 6093).

La deliberazione di revoca è poi congruamente motivata in relazione alla decisione assunta dalla Regione Toscana di non includere la realizzazione dei lavori di cui si tratta tra gli interventi strategici, per l'opportunità di concentrare le risorse finanziarie su quelli strumentali allo svolgimento dell'attività sanitaria, che è rappresentata nella nota del Direttore Amministrativo dell'Azienda 27 marzo 2012, prot. 20723.

E' sempre possibile non procedere all'aggiudicazione di una gara, a condizione che tale potere trovi ragioni in motivi di interesse pubblico (C.d.S. III, 15 maggio 2012 n. 2805), e il venir meno delle risorse finanziarie a disposizione per l'attuazione di un intervento costituisce senza dubbio un motivo legittimo di revoca. Sotto questo profilo pertanto, tenuto conto si ripete che l'aggiudicazione provvisoria rappresenta un provvedimento interinale non suscettibile di creare un affidamento in capo all'aggiudicatario, deve dirsi che il provvedimento di revoca appare legittimo e congruamente motivato. Va evidenziato, a questo proposito, che lo stesso bando di gara, al punto 18 lett. g) ed h), prevedeva espressamente la possibilità di non dare luogo alla gara ed anche di non aggiudicarla "per motivate esigenze". Questa clausola della legge di gara, che non è stata impugnata dalla ricorrente, deve essere interpretata nel senso di riconoscere all'ente pubblico un potere di revocare la procedura fino all'aggiudicazione (non provvisoria, ma) definitiva, poiché quest'ultimo è il provvedimento che definisce il procedimento.

Può pertanto concludersi che l'Azienda abbia fatto corretta applicazione del potere di autotutela nel caso di specie,

motivando congruamente la decisione di revocare la gara in relazione all'assenza sopravvenuta di disponibilità finanziarie. La ricorrente, al riguardo, non offre alcun principio di prova circa la persistenza delle stesse, al di là di una indimostrata asserzione che l'intervento *de quo* fosse compreso nel piano investimenti approvato con delibera della Giunta Regionale n. 1051/2011 e quindi tuttora finanziabile.

3. Assodato che il provvedimento di revoca della gara in esame non deve essere annullato, occorre ora verificare se la stazione appaltante vada condannata al risarcimento del danno cagionato alla ricorrente a titolo di responsabilità precontrattuale. La reiezione della domanda di annullamento preclude infatti il risarcimento derivante da una (inesistente) illiceità nell'esercizio del potere di autotutela, ma non esonera la stazione appaltante dal risarcire il concorrente, nella sola misura dell'interesse negativo, laddove venga provato che l'indizione della gara sia stata effettuata senza avere diligentemente valutato tutte le condizioni per giungere alla sua conclusione. Questa indagine sul comportamento tenuto dall'Azienda nell'indire la procedura *de qua* è logicamente distinta, e successiva, a quella sulla legittimità dell'atto di revoca ed assume carattere autonomo poiché implica l'esame della liceità del comportamento tenuto dalla stazione appaltante nell'indizione della gara, onde valutare se essa abbia leso la libertà contrattuale dei concorrenti inducendoli a partecipare ad una procedura che essa sapeva, o doveva sapere secondo un criterio di diligenza professionale, che non si sarebbe conclusa (C.d.S. V, 7 settembre 2009 n. 5245; Sez. VI, 2 settembre 2011 n. 4921). L'indagine riguarda non interessi legittimi ma diritti soggettivi, dovendo valutarsi se sia stata lesa la libertà negoziale dei concorrenti nella procedura, e rientra nell'ambito della giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo sulle procedure di affidamento dei contratti pubblici (C.d.S. IV, 11 novembre 2008 n. 5633).

Il Collegio ritiene che, nel caso di specie, l'Azienda non abbia colposamente ingenerato alcun affidamento circa la conclusione della gara in capo alla ricorrente, e ciò poiché il bando di gara all'art. 18, lett. g), prevedeva la riserva di "non dar luogo alla gara o di prorogare la data per comprovate ragioni" e alla lett. h), che qui interessa, la riserva di "non aggiudicare la presente gara". Il contenuto di quest'ultima disposizione, che la ricorrente non ha impugnato, era quindi tale da escludere ogni affidamento fino all'aggiudicazione non provvisoria - che ha carattere endoprocedimentale ed interinale - ma definitiva, la quale non si è verificata. Pertanto, avendo la stazione appaltante reso noto fin dall'inizio della gara che sopravvenute esigenze (nella specie di carattere finanziario) avrebbero potuto impedire la conclusione, nessun risarcimento per responsabilità precontrattuale può essere riconosciuto (T.A.R. Sicilia Catania III, 13 luglio 2011 n. 1809). E' stato anche affermato, in proposito, che "non è configurabile la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante che si è motivatamente avvalsa della facoltà, prevista nel bando di gara, di non aggiudicare l'appalto per ragioni di pubblico interesse" (T.A.R. Campania Napoli VIII, 3 luglio 2012 n. 3147).

Il ricorso per motivi aggiunti deve quindi essere respinto, e con esso la domanda risarcitoria formulata dalla ricorrente anche in ordine al danno per responsabilità precontrattuale.

Tale circostanza determina il venir meno dell'interesse alla definizione del ricorso principale poiché in ipotesi di suo accoglimento, nessuna utilità potrebbe tornare alla ricorrente stante la legittima revoca della gara.

4. In conclusione deve essere respinto il ricorso per motivi aggiunti e dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso principale.

Le spese processuali possono essere integralmente compensate tra le parti in ragione della particolarità della questione affrontata.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, respinge i motivi aggiunti e dichiara improcedibile il

ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/02/2013

IL SEGRETARIO

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