

Pubblicato il 29/11/2016

N. 05026/2016REG.PROV.COLL.

N. 05753/2016 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5753 del 2016, proposto dalla Air Liquide Medical Systems S.p.A., in proprio e in qualità di capogruppo dell'ATI con Vitalaire Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Santucci C.F. SNTRRT70C09Z112B, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Tacito, n. 10;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziale Policlinico di Bari, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Felice Ingravalle C.F. NGRMSM64B03A669I, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, viale Parioli, n. 180;

nei confronti di

Elcamm S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Toni C.F. TNOFNC42L28G761A, Costantino Ventura C.F. VNTCTN53A03A662M, con domicilio eletto presso Marco Gardin in Roma, via Laura Mantegazza, n. 24;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE II n. 00694/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio per la fornitura di materiali di consumo per apparecchiature CPAP e BPAP;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziiale Policlinico di Bari e della Elcamm S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2016 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti gli avvocati Roberto Santucci, Massimo Felice Ingravalle e Costantino Ventura;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza impugnata il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia respingeva il ricorso proposto dalla Air Liquide Medical Systems S.p.A. (d'ora innanzi Air Liquide), in proprio e quale mandataria del RTI con la Vitalaire Italia S.p.A., avverso il provvedimento con cui l'Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziiale Policlinico di Bari (d'ora innanzi Azienda) le aveva revocato l'aggiudicazione del lotto n.2 della fornitura a noleggio, per un periodo di cinque anni, di materiale di consumo per le apparecchiature CPAP e BIPAP, e i motivi aggiunti proposti avverso l'aggiudicazione della nuova gara alla Elcamm s.r.l., e dichiarava improcedibili il (precedente e riunito) ricorso principale proposto da quest'ultima contro l'originario affidamento della fornitura alla Air Liquide e quello incidentale proposto da quest'ultima nell'ambito del predetto ricorso.

Avverso la predetta decisione proponeva appello la Air Liquide, in proprio e quale mandataria dal suddetto RTI, contestando la correttezza della statuizione gravata e domandandone la riforma, con conseguente accoglimento del ricorso proposto in primo grado.

Resisteva la Elcamm, eccependo l'irricevibilità dell'appello, rilevandone l'infondatezza nel merito, riproponendo, mediante appello incidentale, i motivi dedotti a sostegno del ricorso originario dichiarato improcedibile dal TAR e concludendo conformemente.

Si costituiva anche l'Azienda, difendendo la correttezza del proprio operato e concludendo per la reiezione sia dell'appello principale che di quello incidentale.

Il ricorso veniva trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 10 novembre 2016.

DIRITTO

1.- E' controversa la legittimità della revoca dell'aggiudicazione al RTI Air Liquide della fornitura, per un periodo di cinque anni, di materiale di consumo per le apparecchiature CPAP e BIPAP all'Azienda Ospedaliera Universitaria di Bari, l'indizione di una nuova procedura e la definitiva aggiudicazione dell'appalto alla Elcamm, sotto il peculiare profilo del valido esercizio del potere di autotutela e della corretta amministrazione della nuova selezione.

Il Tribunale pugliese, infatti, ha giudicato legittime sia la contestata revoca dell'aggiudicazione, sulla base del dirimente rilievo della sua adozione in esito al corretto apprezzamento delle effettive esigenze cliniche della stazione appaltante (alla fornitura oggetto della gara) emerse dalla rinnovata istruttoria tecnica, sia l'indizione e la definizione della nuova procedura di aggiudicazione.

L'appellante Air Liquide critica il convincimento espresso dal T.A.R., sulla base delle censure appresso esaminate, e conclude per la riforma della sentenza impugnata e per il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati in primo grado, con il conseguente risarcimento, in forma specifica o per equivalente, dei danni subiti per effetto dell'illegittima revoca dell'aggiudicazione originaria.

2.- L'appello è fondato, alla stregua delle considerazioni di seguito esposte, e va accolto.

3.- Dev'essere preliminarmente disattesa l'eccezione pregiudiziale di irricevibilità dell'appello, siccome asseritamene notificato il trentunesimo giorno dalla notifica della sentenza appellata.

La notifica dell'appello va, infatti, ritenuta tempestiva, in quanto eseguita il 30 giugno 2016, da valersi quale ultimo giorno utile, in ragione della proroga ad esso del termine scadente il 29 giugno, giorno festivo per la città di Roma (dove l'appellante è domiciliata), in quanto ricorrenza dei Santi patroni della città (Pietro e Paolo), espressamente inclusa nell'elenco dei giorni festivi agli effetti civili (Cass. Civ. 15 giugno 2010, n.14437).

4.- Così riconosciuta la ricevibilità dell'appello, occorre provvedere all'esame dei motivi dedotti a suo fondamento, principiando da quelli rivolti contro il capo di reiezione del ricorso proposto contro la revoca dell'aggiudicazione.

4.1- Al fine di scrutinare la fondatezza delle censure indirizzate al giudizio di legittimità del predetto atto di ritiro, occorre premettere alcune sintetiche considerazioni sui presupposti del corretto esercizio del potere di autotutela nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici.

4.2- In via generale, la revoca dei provvedimenti amministrativi, disciplinata dall'art.21-quinquies della legge n.241 del 1990 (e introdotta dall'art.14 della legge n.15 del 2005), si configura come lo strumento dell'autotutela decisoria preordinato alla rimozione, con efficacia ex nunc (e, quindi, non retroattiva), di un atto ad efficacia durevole, in esito a una nuova (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico alla conservazione della sua efficacia.

I presupposti del valido esercizio dello ius poenitendi sono definiti dall'art.21-quinquies (per come modificato dall'art.25, comma 1, lett. b-ter, d.l. n.133 del 2014) con formule lessicali (volutamente) generiche e consistono nella sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, nel mutamento della situazione di fatto (imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento) e in una rinnovata (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico originario (tranne che per i provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici).

Ora, ancorchè l'innovazione del 2014 abbia inteso accrescere la tutela del privato da un arbitrario e sproporzionato esercizio del potere di autotutela in questione (per mezzo dell'esclusione dei titoli abilitativi o attributivi di vantaggi economici dal catalogo di quelli revocabili in esito a una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico originario), il potere di revoca resta connotato da un'ampia (e, forse, eccessiva) discrezionalità (cfr. ex multis Cons. St., sez. III, 6 maggio 2014, n.2311)

A differenza del potere di annullamento d'ufficio, che postula l'illegittimità dell'atto rimosso d'ufficio, quello di revoca esige, infatti, solo una valutazione di opportunità, seppur ancorata alle condizioni legittimanti dettagliate all'art.21-quinquies l. cit. (e che, nondimeno, sono descritte con clausole di ampia latitudine semantica), sicchè il valido esercizio dello stesso resta, comunque, rimesso a un apprezzamento ampiamente discrezionale dell'Amministrazione procedente.

La configurazione normativa del potere di autotutela in esame si presta, quindi, ad essere criticata, nella misura in cui omette un'adeguata considerazione e un'appropriata protezione delle esigenze, sempre più avvertite come ineludibili, connesse alla tutela del legittimo affidamento (qualificato come "principio fondamentale" dell'Unione Europea dalla stessa Corte di Giustizia UE) ingenerato nel privato danneggiato dalla revoca e all'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici costituiti dall'atto originario, nonché, più in generale, alla stabilità dei provvedimenti amministrativi.

E non vale, di per sé, la previsione della debenza di un indennizzo ai privati danneggiati dalla revoca a compensare gli squilibri regolativi sopra segnalati.

Un'esegesi e un'applicazione della disposizione in esame che siano coerenti con i principi generali dell'ordinamento della tutela della buona fede, della lealtà nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione e del buon andamento dell'azione amministrativa (che ne implica, a sua volta, l'imparzialità e la proporzionalità) impongono, allora, la lettura e l'attuazione della norma secondo i canoni stringenti di seguito enunciati: a) la revisione dell'assetto di interessi recato dall'atto originario dev'essere preceduta da un confronto procedimentale con il destinatario dell'atto che si intende revocare; b) non è sufficiente, per legittimare la revoca, un ripensamento tardivo e generico circa la convenienza dell'emanazione dell'atto originario; c) le ragioni addotte a sostegno della revoca devono rivelare la consistenza e l'intensità dell'interesse pubblico che si intende perseguire con il ritiro dell'atto originario; d) la motivazione della revoca dev'essere profonda e convincente, nell'esplicitare, non solo i contenuti della nuova valutazione dell'interesse pubblico, ma anche la sua prevalenza su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario a lui favorevole.

4.3- Così chiariti presupposti, contenuti e finalità dell'istituto della revoca, occorre declinarne i relativi principi nella fattispecie sostanziale delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici.

Deve premettersi, in via generale, che, mentre la revoca resta impraticabile dopo la stipula del contratto d'appalto, dovendo utilizzarsi, in quella fase, il diverso strumento del recesso (come chiarito dall'Adunanza Plenaria con la decisione in data 29 giugno 2014, n.14), prima del perfezionamento del documento contrattuale, al contrario, l'aggiudicazione è pacificamente revocabile (cfr. ex multis Cons. St., sez. III, 13 aprile 2011, n.2291).

Così riconosciuta, in astratto, la revocabilità dell'aggiudicazione (prima, si ripete, della stipulazione del contratto), occorre precisare che la peculiarità della regolazione della funzione considerata (l'amministrazione di procedure di aggiudicazione di appalti pubblici) impone di definire le condizioni del valido esercizio della potestà di autotutela in questione secondo parametri ancora più stringenti.

A fronte, infatti, della nota strutturazione procedimentale della scelta del contraente, la definizione regolare della procedura mediante la selezione di un'offerta (giudicata migliore) conforme alle esigenze della stazione appaltante (per come cristallizzate nella *lex specialis*) consolida in capo all'impresa aggiudicataria una posizione particolarmente qualificata ed impone, quindi, all'Amministrazione, nell'esercizio del potere di revoca, l'onere di una ponderazione particolarmente rigorosa di tutti gli interessi coinvolti.

Il ritiro di un'aggiudicazione legittima postula, in particolare, la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente consistenti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla,

ed esige, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi (cfr. Cons. St., sez. V, 19 maggio 2016, n.2095).

Resta da chiarire che i canoni di condotta appena precisati restano validi anche per le procedure di aggiudicazione soggette alla disciplina del d.lgs. n.50 del 2016, nella misura in cui il paradigma legale di riferimento resta, anche per queste ultime, l'art.21-quinquies l. n.241 del 1990, e non anche la disciplina speciale dei contratti, che si occupa, infatti, di regolare il recesso e la risoluzione del contratto, e non anche la revoca dell'aggiudicazione degli appalti (ma solo delle concessioni).

4.4- Così precisate le coordinate valutative alla cui stregua dev'essere formulato il giudizio di legittimità della revoca controversa, occorre, ancora, chiarire che, quando si appunta sulle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto (come nel caso in esame), il ripensamento dell'Amministrazione, per legittimare il provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione, deve fondarsi sulla sicura verifica dell'inidoneità della prestazione descritta nella *lex specialis* a soddisfare le esigenze contrattuali che hanno determinato l'avvio della procedura.

Premesso, infatti, che le Amministrazioni pubbliche devono preliminarmente verificare le proprie esigenze, poi definire, coerentemente con gli esiti dell'anzidetta analisi, gli elementi essenziali del contratto e, solo successivamente, indire una procedura di affidamento avente ad oggetto la prestazione già individuata come necessaria (Cons. St., sez V, 11 maggio 2009, n.2882), appare chiaro che l'aggiudicazione della gara a un'impresa che ha diligentemente confezionato la sua offerta in conformità alle prescrizioni della *lex specialis* può essere validamente rimossa, con lo strumento della revoca, solo nell'ipotesi eccezionale in cui una rinnovata (e, comunque, tardiva) istruttoria ha rivelato l'assoluta inidoneità della prestazione inizialmente richiesta dalla stessa Amministrazione (e, quindi, dovuta dall'aggiudicatario) a soddisfare i bisogni per i quali si era determinata a contrarre.

Al contrario, non può in alcun modo giudicarsi idoneo a giustificare la revoca un ripensamento circa il grado di satisfattività della prestazione messa a gara.

Se si ammettesse, infatti, la revocabilità delle aggiudicazioni sulla sola base di un differente e sopravvenuto apprezzamento della misura dell'efficacia dell'obbligazione dedotta a base della procedura, si finirebbe, inammissibilmente, per consentire l'indebita alterazione delle regole di imparzialità e di trasparenza che devono presidiare la corretta amministrazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, con inaccettabile sacrificio dell'affidamento ingenerato nelle imprese concorrenti circa la serietà e la stabilità della gara, ma anche con un rischio concreto di inquinamento e di sviamento dell'operato delle stazioni appaltanti.

4.5- In applicazione dei principi appena enunciati, la revoca dell'aggiudicazione al RTI Air Liquide dell'appalto in questione dev'essere giudicata illegittima.

Dalla lettura della nota del direttore generale dell'Azienda n.1361 del 27 ottobre 2014, con cui è stata revocata l'aggiudicazione dell'appalto al RTI Air Liquide, della presupposta (e ivi richiamata) relazione redatta dal Prof. Grasso (dirigente medico dell'UOC Anestesia e Rianimazione) in data 27 gennaio 2014 e del verbale della riunione del 5 marzo 2014 (da intendersi espressivi della motivazione dell'atto di autotutela in esame) si ricava (solo) una descrizione (del tutto neutra) delle caratteristiche tecniche degli apparecchi funzionali alla ventilazione assistita non invasiva (e, cioè, la funzione terapeutica dei dispositivi oggetto della fornitura controversa), ma non si evince in alcun modo che il ventilatore offerto dall'aggiudicatario (Monnal T 50) fosse inidoneo a un efficace utilizzo ai predetti fini terapeutici.

Ne consegue che la generica affermazione circa il non allineamento dell'oggetto della fornitura gara "alle attuali esigenze di risultato clinico, come da istruttoria agli atti gara", assunta a fondamento della revoca, si rivela del tutto inidonea a legittimare il provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione, nella misura in cui non risulta fondata sull'allegazione della sopravvenuta verifica di carenze funzionali dell'oggetto della fornitura messo a gara e, cioè, dell'incapacità di quest'ultimo di assolvere la funzione clinica per cui era stata bandita la procedura, ma solo su una incerta valutazione della maggiore efficacia di apparecchi dotati di diverse caratteristiche tecniche.

In altri termini, solo l'accertamento dell'inidoneità del Monnal T 50 di assolvere adeguatamente la funzione di ventilazione assistita non invasiva per pazienti acuti avrebbe potuto giustificare la revoca dell'aggiudicazione.

Senonchè, si ripete, tale difetto non è stato neanche affermato nell'atto di autotutela in esame, né negli atti istruttori ivi richiamati.

4.6- La riscontrata illegittimità della revoca risulta, peraltro, avvalorata e confermata anche dall'ulteriore vizio dell'omessa comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento all'impresa destinataria dell'atto di ritiro dell'aggiudicazione.

Come, infatti, affermato da un consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale non si ravvisano ragioni per discostarsi, l'esercizio dei poteri di autotutela finalizzati al ritiro dell'aggiudicazione definitiva impone alla stazione appaltante di assicurare la partecipazione dell'impresa aggiudicataria, onde consentirle di tutelare adeguatamente, in sede procedimentale, la posizione qualificata validamente acquisita, per mezzo della necessaria osservanza della prescrizione di cui all'art.7 della legge n.241 del 1990 (cfr. ex multis Cons., St., sez. V, 27 aprile 2011, n. 2456).

5.- L'accertamento dell'illegittimità (e il conseguente annullamento) della revoca dell'aggiudicazione della fornitura al RTI Air Liquide comporta la caducazione, siccome viziati da invalidità derivata, degli atti della nuova procedura, ivi compresa l'aggiudicazione della seconda gara alla Elcamm.

6.- L'accoglimento dell'appello principale impone, peraltro, la disamina dell'appello incidentale con cui la Elcamm ripropone le censure dedotte a sostegno del ricorso proposto avverso la prima aggiudicazione al RTI Air Liquide (e dichiarato improcedibile dal TAR in conseguenza della reiezione del ricorso di quest'ultimo contro la revoca dell'affidamento dell'appalto).

Con il primo motivo dell'appello incidentale si ribadisce la doverosità dell'esclusione del RTI Air Liquide sulla base dell'assunto del difetto, nel prodotto da esso offerto, di alcune caratteristiche tecniche richieste espressamente dal disciplinare di gara.

La censura è infondata e va disattesa.

Dalla relazione in data 6 ottobre 2014, redatta dall'Istituto Superiore di Sanità in esecuzione della verifica disposta dal TAR proprio al fine di accertare la conformità alle specifiche tecniche richieste dalla lex specialis del ventilatore offerto dal RTI Air Liquide (Monnal T 50), si ricava che quest'ultimo dispositivo possiede una funzionalità del tutto equivalente a quella del sistema AutoTrack, seppur basata su un diverso algoritmo, e che risulta adeguatamente predisposto per il prescritto allaccio diretto alla fonte di ossigeno.

Orbene, a fronte del riscontro, da parte dei verificatori incaricati dal TAR, della conformità del Monnal T 50 alle specifiche tecniche di cui al bando di gara e, soprattutto, in difetto di puntali

critiche rivolte con l'appello incidentale a tale accertamento tecnico, deve confermarsi la legittimità dell'ammissione alla gara del RTI Air Liquide e dell'aggiudicazione a esso dell'appalto, anche tenuto conto dell'assoluta irrilevanza dell'argomentazione dedotta con il secondo motivo dell'appello incidentale (con cui si deduce, pare di capire, una sorta di vantaggio economico lucrato dall'aggiudicataria, in ragione della tipologia di ventilatori offerti e dei quali, tuttavia, si è verificata la conformità alla lex specialis di gara).

7.- L'accoglimento dell'appello principale e la reiezione di quello incidentale, con il conseguente annullamento della revoca della prima aggiudicazione e della successiva aggiudicazione della fornitura alla Elcamm, all'esito della seconda procedura, impongono di accordare al RTI Air Liquide la richiesta (e spettante) tutela risarcitoria.

Reputa, al riguardo, il Collegio che debba essere riconosciuta alla Air Liquide la reintegrazione in forma specifica, mediante la declaratoria dell'inefficacia del contratto di fornitura stipulato dall'Azienda con la Elcamm, a far data dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione della presente sentenza, e il subentro nel rapporto contrattuale del RTI Air Liquide per una durata corrispondente a quella oggetto del bando originario.

8.- Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello principale, respinge quello incidentale e, per l'effetto, accoglie il ricorso di primo grado n. R.G. 1505/2014 nei sensi precisati al punto n.7 della motivazione. Condanna l'Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziata Policlinico di Bari e la Elcamm s.r.l., in solido tra loro, a rifondere alla Air Liquide Medical Systems S.p.A. le spese del doppio grado di giudizio, che liquida in complessivi Euro 20.000,00.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere