



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 Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 819 del 2010, proposto da:
R.R.S. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Boifava, Luigi Gili, con domicilio eletto presso l'avv.to Luigi Gili in Torino, via Vela, 29;

contro

Azienda Ospedaliera Nazionale Santi Antonio e Biagio e Cesare Arrigo di Alessandria, rappresentata e difesa dall'avv.to Bruna Bruni, con domicilio eletto presso l'avv.to Laura Formentin in Torino, corso Re Umberto, 65;

nei confronti di

Eco Trattamenti S.a.s. di Stangl Edgardo & C. in persona del legale rappresentante pro tempore;

per l'annullamento

della Determinazione Direttoriale n. 30/T del 10/6/2010, comunicata l'undici giugno 2010, a mezzo della quale l'Azienda Ospedaliera ha annullato gli atti di gara relativi alla procedura per l'affidamento del servizio biennale di manutenzione degli

impianti acque luride e servizio di espurgo e pulizia dei pozzetti di raccolta acque piovani e delle reti fognarie;
del verbale delle operazioni di gara occorse il 25/5/2010;
del capitolato speciale d'appalto ed in particolare gli artt. 5.2 e 12;
di ogni altro atto connesso od attuativo comunque risalente alla stazione appaltante;
e per la condanna della stazione appaltante ai sensi e per gli effetti degli artt. 245 d.lgs. 163/2006 e 33 e 35 d.lgs. 80/98 in principalità a conseguire l'aggiudicazione con stipulazione del relativo contratto e in subordine al risarcimento del danno per equivalente previa indicazione dei criteri di quantificazione comprensivi dei costi di partecipazione alla gara, così come documentati e del danno curriculare conseguente all'impossibilità di indicare fra i requisiti di qualificazione l'oggetto della gara per cui è causa, il lucro cessante che la ricorrente avrebbe conseguito con l'aggiudicazione.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Nazionale Santi Antonio e Biagio e Cesare Arrigo di Alessandria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2011 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente ha adito l'intestato TAR impugnando gli atti in epigrafe e deducendo i seguenti motivi di ricorso:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/90 e dell'art. 21 *nonies* della l. n. 241/90 nonché dei principi informanti l'esercizio dello *ius poenitendi sub specie* sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto; eccesso di potere per sviamento della causa tipica, contraddittorietà, illogicità, ingiustizia manifesta, difetto dei presupposti in fatto, difetto di istruttoria e di motivazione; illegittimamente l'amministrazione, riscontrata la carenza di requisiti tecnici indispensabili in capo al primo classificato ha ritenuto di revocare l'intera gara senza addurre la necessaria motivazione per giustificare il rivalutato interesse pubblico a porre nel nulla l'intera procedura.

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 8 e 9 del D.M. 406/1998 e dell'art. 212 co. 5 del d.lgs. 152/2006; violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 2 co. 1 e 125 co. 11,12 e 14 del d.lgs. 163/2006; violazione e falsa applicazione dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica *sub specie* del principio della libera concorrenza e *par condicio*; violazione e falsa applicazione dei principi costituzionali di cui all'art. 97 cost. *sub specie* del principio della correttezza e del buon andamento dell'azione amministrativa; eccesso di potere per sviamento della causa tipica, difetto di istruttoria, illogicità e ingiustizia manifesta; l'annullamento della revoca comporterebbe la riviviscenza dell'aggiudicazione provvisoria, aggiudicazione illegittima in quanto la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa perché non in possesso di indispensabili requisiti di ammissione.

Si costituiva l'amministrazione resistente eccependo l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse poiché, quanto al verbale delle operazioni di gara, i medesimo erano già state annullate e, quanto all'aggiudicazione alla controinteressata, la ricorrente non figurava aggiudicataria; essa non vantava pertanto alcun interesse all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, essendo

al limite interessata al solo annullamento dell'intera procedura. Contestava nel merito le pretese azionate da parte ricorrente.

Alla camera di consiglio del 29.7.2010 veniva accolta l'istanza cautelare; all'udienza del 4.11.2010, stante la mancata costituzione del controinteressato, veniva disposta la rinnovazione della notificazione alla Eco Trattamenti s.a.s. di Stangl Edgardo & C..

Parte resistente nell'ultima memoria depositata in giudizio eccepiva l'inammissibilità del ricorso per vizio della notificazione al controinteressato.

All'udienza del 24.2.2011 la causa veniva discussa e decisa.

DIRITTO

L'atto introduttivo del giudizio è stato notificato all'amministrazione resistente ed alla controinteressata Eco Trattamenti s.a.s., aggiudicataria provvisoria della procedura annullata in autotutela.

La notifica alla Eco Trattamenti s.a.s. è risultata impossibile all'indirizzo risultante dalla visura camerale per irreperibilità della medesima. E' pacifico che la Eco Trattamenti s.a.s. sia una controinteressata necessaria nel presente giudizio: essa era aggiudicataria provvisoria della procedura annullata in autotutela, nell'ambito della quale la ricorrente si era collocata al secondo posto. La ricorrente ha impugnato tanto l'annullamento della procedura quanto, contestualmente, l'aggiudicazione alla controinteressata; d'altro canto la ricorrente non vanterebbe alcun interesse a contestare l'annullamento di una procedura di cui non è risultata vincitrice, se non contestualmente censurando anche l'aggiudicazione alla controinteressata; solo in tal modo infatti potrebbe ottenere la successiva aggiudicazione per scorrimento della graduatoria.

La Ecotrattamenti è quindi parte necessaria del presente giudizio, poiché a sua volta interessata ad un ripristino della procedura che faccia salva la sua, *ab origine*, migliore posizione in graduatoria.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 143 e 145 co. 2 c.p.c., fallita la notifica presso la sede legale della società controinteressata, la ricorrente avrebbe dovuto tentare la notificazione, eventualmente con il rito degli irreperibili, presso la residenza del legale rappresentante. Ciò tuttavia non è avvenuto se non a seguito di ordinanza che ha disposto la rinnovazione della notificazione, ben oltre i termini decadenziali di impugnazione.

Ai sensi dell'art. 44 del d.lgs. 104/2010, vigente al momento in cui la rinnovazione della notificazione è stata disposta, detta rinnovazione presupporrebbe il riconoscimento di un errore scusabile; in mancanza di costituzione del destinatario non si verifica infatti alcun effetto di sanatoria e la rinnovazione non impedisce l'intervenuta decadenza se non si ravvisa un errore scusabile. Nel caso di specie, simile a quello affrontato da C. Stato, sez. V 2.8.2010, n. 5100 citato da parte resistente, si è verificato che, nel termine decadenziale, nessun rituale procedimento notificatorio è stato intrapreso dalla ricorrente. L'irreperibilità alla sede *ex lege* comportava l'onere di tentare la notificazione presso la residenza del legale rappresentante, ove effettivamente la successiva notificazione si è poi regolarmente perfezionata.

Pertanto l'originario procedimento notificatorio nei confronti della controinteressata è nullo per non essere stata seguita la prescritta procedura, non è stato sanato da alcuna costituzione in giudizio e quindi la domanda di annullamento è irricevibile.

Diverso ragionamento soccorre per la connessa domanda risarcitoria, assistita da un termine di prescrizione e non di decadenza; anche per questa tipologia di domanda il nuovo codice del processo amministrativo impone oggi la notificazione al controinteressato, regolarmente avvenuta in seguito all'ordinanza 82/2010 di questo TAR.

Si pone quindi la questione dell'*an* e del *quantum* risarcibile in relazione all'esercitato potere di autotutela.

La ricorrente rivendica a titolo di danno le spese di partecipazione (di quelle allegate le uniche effettivamente documentate sono il premio di polizza per la cauzione e la raccomandata di spedizione dell'offerta), il danno curriculare e il lucro cessante da mancata realizzazione del servizio.

Preliminarmente non può non osservarsi come allo stato, e non avendo tempestivamente impugnato la revoca della gara, la ricorrente non vanta una posizione di certa aggiudicazione poiché era seconda in graduatoria; né tale posizione avrebbe automaticamente vantato neppure con l'accoglimento del ricorso di annullamento, in esito al quale sarebbero residue le ulteriori determinazioni dell'amministrazione circa l'eventuale scorrimento della graduatoria. La sua collocazione al primo posto avrebbe infatti richiesto non solo l'accoglimento della domanda di annullamento degli atti impugnati ma anche l'esclusione valida e definitiva della prima classificata (che non ha spiegato difese nel presente giudizio ma ben potrebbe ancora contestare un nuovo provvedimento amministrativo di formale esclusione mirata). Nella sostanza la ricorrente può lamentare una perdita di *chance* di aggiudicazione.

Nel merito la ricorrente ha censurato l'annullamento in autotutela per carenza di motivazione.

Giova premettere che, benché l'amministrazione abbia formalmente qualificato l'atto annullamento, il *nomen iuris* non pare vincolante per identificare il potere di autotutela esercitato; tanto è vero che nelle stesse difese dell'amministrazione si invocano promiscuamente le categorie dell'annullamento e della revoca e si adducono ragioni che sostanzialmente si collocano nell'ambito di una rinnovata valutazione di interesse pubblico circa l'opportunità della procedura. In questo

sensu la determinazione assunta, anche in ragione delle motivazioni addotte, assume le caratteristiche della revoca.

L'amministrazione ha individuato l'interesse pubblico all'annullamento della gara sostanzialmente in due ragioni: la legge di gara non risultava chiara, quanto alla necessità imprescindibile di possedere l'indispensabile requisito di iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali (tant'è che la prima classificata, pur non possedendo detto requisito, era stata invitata e aveva dichiarato di subappaltare tale parte del servizio), né era chiara quale fosse la percentuale di lavori per la quale tale iscrizione era necessaria; la stessa stazione appaltante, avendo seguito una procedura di cottimo fiduciario, aveva invitato anche alcune ditte che non presentavano detto requisito, pur poi sostanzialmente riconoscendone l'indispensabilità al momento della valutazione delle offerte.

A tale argomento si è sovrapposta una ragione economica: in un generale contesto di riduzione della spesa storica della ASL la Regione ha dettato linee guida (intervenute successivamente alla spedizione delle lettere di invito) per le predisposizioni di un piano di rientro e il conseguimento di risparmi economici in sede di acquisto di beni e servizi che hanno reso non più rispondente al pubblico interesse il criterio (della spesa storica) utilizzato per determinare la base d'asta. L'amministrazione ha quindi dato atto di voler riprovedere in tal senso, riducendo la base d'asta, tanto più che la gara si esponeva a contestazioni da parte della prima classificata in ragione della non chiara previsione concernente l'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali.

Per quanto attiene alla questione economica pare al collegio che la cronologia sia tale per cui effettivamente le indicazioni di riduzione di spesa si siano sovrapposte alla procedura e possano dirsi sopravvenute; per altro la revoca è pacificamente ammessa anche a fronte di una rivalutazione dell'originaria situazione.

Sussisteva quindi un interesse pubblico a meglio determinare la base d'asta, avvalorato dalla pacifica non chiarezza degli atti di gara foriera di possibile contenzioso da parte dell'aggiudicatario provvisorio. In termini di revoca l'atto pare quindi legittimo.

E' tuttavia pacifico in giurisprudenza che l'amministrazione che si determina ad una revoca, anche doverosa, non è contemporaneamente esente dal dovere di comportarsi quale corretta parte contrattuale nelle trattative ai sensi dell'art. 1337 c.c, e tale titolo di responsabilità è devoluto alla giurisdizione del GA (ad. plen. n. 6/2005). L'interesse pubblico alla revoca non esclude infatti *ex se* una responsabilità a titolo precontrattuale dell'amministrazione-contraente (che la maggioritaria dottrina e giurisprudenza, Cass. sez. III, 7.2.2006 n. 2525 e Cass. sez. I 18.6.2005, n. 13164, riconducono ad un *genus* della responsabilità extracontrattuale, qui azionata in via subordinata), là dove la ricorrente sia stata impegnata in trattative inutili. Nel caso la non chiara predisposizione degli atti di gara, riconosciuta dalla stessa amministrazione, ha leso la ricorrente quantomeno in relazione al fatto che la medesima ha sostenuto spese vive per la partecipazione inutile alla procedura, oltre ad essere stata messa in concorrenza con soggetti in capo ai quali la stessa amministrazione riconosce l'insussistenza dei requisiti di partecipazione.

E' anche ravvisabile l'elemento soggettivo della responsabilità là dove la legge di gara è stata predisposta in termini carenti e soggetti non qualificati sono stati invitati alla procedura.

La responsabilità precontrattuale comporta un risarcimento nei limiti del cosiddetto interesse negativo, comprensivo delle spese indotte dalla negoziazione e delle occasioni perdute. *Per incidens* le spese sostenute per la partecipazione alla gara sono anche la voce indennizzabile ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della l. n. 241/1990 in caso di revoca di atti incidente su rapporti negoziali.

Nel concreto, quanto alle spese di partecipazione, è documentato il costo di € 52,00 della polizza fideiussoria e quello di € 12,00 della spedizione della raccomandata contenente i documenti di gara. I restanti costi dedotti attengono ad ore lavorative dei dipendenti presuntivamente dedicate per la partecipazione alla gara. Si allega un tempo di 5 ore di partecipazione alla seduta di apertura delle buste senza tuttavia produrre alcun verbale dal quale si possa evincere il tempo della seduta; si allega un costo corrispondente a 5 ore lavorative per intervento sopralluogo e non si allega un verbale di sopralluogo (si consideri che la ricorrente è la società che ha attualmente in gestione il servizio); si allega un esorbitante numero di ore, complessivamente 10. per la predisposizione dell'offerta, per altro essendo ragionevole che l'attività degli uffici amministrativi rientri nei costi generali dell'attività sociale.

In relazione a tali ultime voci, pertanto, si ritiene non potersi riconoscere più di un importo complessivo ed equitativamente determinato di € 200,00.

Quanto all'ulteriore voce delle occasioni perdute ritiene il collegio che nulla possa essere riconosciuto alla ricorrente. Innanzitutto la revoca è intervenuta in tempi rapidissimi, sicchè non si è consolidato alcun ragionevole affidamento, che per altro, allo stato degli atti, vedeva vincitrice altra concorrente; in secondo luogo la stessa ricorrente non perse la "*chance*" di partecipare alla prossima gara, che pacificamente dovrà essere indetta; in terzo luogo la ricorrente, avendo la peculiare posizione di attuale gestore del servizio, dal fallimento della prima gara ha nella sostanza guadagnato una proroga del servizio in essere, salva sempre la possibilità di partecipare alla prossima gara. Infine la ricorrente non allega in alcun modo che l'impegno (per altro brevissimo) di partecipazione alla procedura revocata le abbia precluso ulteriori occasioni.

Ritiene pertanto il collegio che la domanda risarcitoria possa trovare accoglimento nel limite della somma di € 264,00 oltre interessi dai versamenti al saldo. L'importo

così determinato rispetta il principio della domanda essendo sempre facoltà del giudice individuarne la corretta qualificazione giuridica con l'unico limite di attenersi ai fatti dedotti (nel caso di specie sono allegati le riconosciute voci di danno, e la condotta colposa dell'amministrazione invocando in subordine la responsabilità extracontrattuale di cui, come detto, la responsabilità precontrattuale costituisce *genus*).

Stante la reciproca soccombenza sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara irricevibile la domanda di annullamento.

Condanna parte resistente a risarcire a parte ricorrente la somma di € 264,00 oltre interessi dai singoli versamenti al saldo

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Richard Goso, Presidente FF

Paola Malanetto, Referendario, Estensore

Ariberto Sabino Limongelli, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/03/2011

IL SEGRETARIO

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