

N. 02291/2011REG.PROV.COLL.
N. 01120/2011 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 1120 del 2011, proposto da:

Azienda Ospedaliera della Provincia di Lecco in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Rocco Mangia, con domicilio eletto presso Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n.14;

contro

Diapath spa in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Luciano Pennacchio e Antonio Romano, con domicilio eletto presso lo Studio Terracciano D'Alterio in Roma, largo Arenula, n.34;

nei confronti di

Bio-Optica Milano Spa;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO SEZIONE I n. 07398/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO FORNITURA DI ALCOLI DENATURATI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Diapath Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2011 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Mangia, Pennacchia e Romano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Azienda ospedaliera "Ospedale di Lecco" indiceva una procedura negoziata per cottimo fiduciario, ai sensi dell'art. 125 del D.lgs. 12.4.2006, n. 163, per la fornitura di alcoli denaturati chiarificati 95° e 99° occorrenti alla struttura complessa di Anatomia Patologica dell'Azienda.

Alla gara, pur essendo state invitate 7 ditte, partecipavano soltanto Bio Optica s.p.a. e Diapath s.p.a..

La fornitura veniva aggiudicata alla ditta Bio Optica s.p.a.: questa aveva offerto alcoli con una percentuale di sostanza denaturante pari al 35%, mentre quelli offerti dalla ditta Diapath ne avevano una percentuale inferiore al 4%. A tale differenza percentuale di denaturante corrispondevano prezzi notevolmente diversi: quello della Bio Optica era infatti di euro 79.745,00, mentre quello della Diapath era di euro 181.100,00 .

Prima ancora della stipula del contratto, la soc. Diapath chiedeva alla amministrazione la revoca della aggiudicazione disposta a favore della società Bio Optica sul rilievo che la aggiudicataria aveva offerto un prodotto diverso da quello richiesto dal capitolato speciale.

In relazione all'esito della gara ed alla rilevata significativa differenza di prezzo delle forniture, l'amministrazione riteneva di riesaminare la intera procedura di gara allo scopo di verificare se, dovendo informare la propria

attività al principio di buon andamento, fosse più rispondente all'interesse pubblico, in termini di efficienza e senza pregiudizio della efficacia della attività stessa, acquistare alcol meno puri, ma ugualmente validi rispetto all'uso cui gli stessi erano destinati.

A tale fine, acquisita una relazione tecnica da parte del Dirigente della Unità Operativa Anatomia Patologica cui gli alcoli erano destinati, con deliberazione n.649 del 12 luglio 2010, previa comunicazione di avvio del procedimento, revocava gli atti di gara ed indiceva una nuova gara per l'acquisto di alcoli con caratteristiche idonee all'uso previsto, ma condizioni economiche significativamente più favorevoli.

Nelle more del procedimento di riesame, la Diapath, con ricorso al Tar Lombardia, sede di Milano, chiedeva l'annullamento degli atti della procedura di gara nonché il riconoscimento del suo diritto a vedersi assegnato l'appalto e, in subordine, la condanna al risarcimento dei danni subiti.

Successivamente la amministrazione adottava la deliberazione n.800/2010 del 9 settembre 2010 con la quale indiceva una nuova procedura negoziata per fornitura di alcoli denaturati chiarificati con caratteristiche che era stato accertato essere compatibili con le esigenze della stazione appaltante. Alla procedura di gara venivano invitate cinque imprese tra cui quelle che avevano partecipato alla precedente gara revocata.

La soc. Diapath notificava alla Azienda motivi aggiunti con i quali impugnava tra altri, gli atti di indizione della nuova gara.

1.1. Con la sentenza breve n.7398 del 29.11.2010 il Tar Lombardia accoglieva il ricorso principale ed i motivi aggiunti della Diapath s.p.a. e annullava la revoca degli atti di gara e l'aggiudicazione a suo tempo disposta a favore della Bio Optica stabilendo “..l'obbligo dell'amministrazione di concludere la procedura di gara indetta con deliberazione n.432 del 29 aprile 2009 con aggiudicazione nel rispetto dei presupposti di legge in

favore di Diapath s.p.a.”.

1.2. Avverso la sentenza del Tar ha presentato appello la Azienda Ospedaliera della Provincia di Lecco previa sospensione della sua efficacia chiedendone la riforma.

Si è costituita la società Diapath insistendo per la conferma della sentenza del primo giudice.

Alla camera di consiglio del 25 febbraio 2011 fissata per la discussione della istanza cautelare, avvisate le parti in ordine alla possibilità di una decisione in forma semplificata, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. In primo grado la Diapath aveva contestato la sussistenza del pubblico interesse della stazione appaltante ad indire una nuova gara e la sufficienza della motivazione sul punto, osservando che quella esplicitata non era idonea a sorreggere l'adottata revoca dell'intera gara all'uopo non potendo sopperire la nota del Direttore della struttura complessa di Anatomia Patologica del 25 giugno 2010 in cui si afferma che anche prodotti con maggiore sostanza denaturante sono idonei per le esigenze aziendali e quindi anche quello offerto da Bio - Ottica s.p.a. e che ciò consentirebbe un notevole risparmio di spesa.

Resisteva a tali censure l'Azienda ospedaliera, affermando che il pubblico interesse alla revoca della gara risiederebbe nel risparmio di spesa che potrebbe conseguirsi acquistando un prodotto con caratteristiche differenti, osservando, inoltre, che, in mancanza della stipula del contratto, né Bio - Ottica s.p.a., né Diapath s.p.a. le cui posizioni, con riferimento alla gara revocata, non si erano ancora consolidate, potevano ritenersi vulnerate ben potendo le stesse far valere la rispettiva chance di aggiudicazione nel corso della nuova procedura di gara.

2.1. Il Tar accoglieva il ricorso rilevando che ai fini della revoca della gara non erano state addotte ragioni inerenti a scelte tecnico - organizzative, fondandosi il provvedimento esclusivamente sul possibile conseguimento

di un risparmio derivante, non da elementi sopravvenuti e non prevedibili, bensì sulla base di una nota del Direttore della struttura complessa, al cui uso i prodotti da acquisire erano destinati; adottando l'ordinaria diligenza, l'Amministrazione ben avrebbe potuto acquisire tali dati basilari prima di indire la gara e, dunque, prima di ingenerare l'affidamento delle concorrenti sul fatto che all'Azienda necessitasse di quel tipo di prodotto.

2.2. Il Tar richiamava il principio di derivazione comunitaria per cui, in caso di annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale, gli interessi economici affidati alla cura dell'Amministrazione non possono essere presi in considerazione come esigenze imperative, né in sede di esercizio dell'autotutela, né ai fini del travolgimento del contratto, se non in presenza di circostanze eccezionali e conseguenze sproporzionate. Veniva invocato al riguardo il 23° considerando della direttiva 2007/66/CE (che ha modificato la direttiva 92/13/CEE), recepita con D.lgs. 20 marzo 2010 n. 53, per il quale non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto che comprendono fra l'altro i costi (principio trasposto nell'art. 121, comma 2, del D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, con cui è stato introdotto il codice del processo amministrativo, che ha sostituito l'art. 245bis del codice dei contratti).

Conclusivamente, secondo il primo giudice, i provvedimenti di revoca dell'intera gara e di indizione di una nuova procedura, erano illegittimi muovendo da un presupposto, la sussistenza dell'interesse pubblico a conseguire un prodotto più conveniente con minori oneri finanziari, privo di ogni riconoscimento nel sopravvenuto quadro normativo di riferimento.

Accertato conseguentemente la persistenza dell'interesse della Diapath alla decisione del ricorso introduttivo, ed accertato che l'offerta di Bio - Ottica s.p.a., in quanto priva di un requisito essenziale ai fini dell'ammissibilità, fissato dalla lex specialis, avrebbe dovuto essere esclusa con la conseguenza che l'offerta della ricorrente sarebbe rimasta unica in gara con la fondata

aspettativa di conseguire l'aggiudicazione, il Tar annullava l'aggiudicazione in favore di Bio - Ottica s.p.a., statuiva l'obbligo dell'amministrazione di concludere la procedura di gara indetta con deliberazione n. 432 del 29 aprile 2009 con aggiudicazione, nel rispetto dei presupposti di legge, in favore di Diapath s.p.a..

3. L'appellante Azienda con il primo motivo richiama l'art. 21 quinquies della legge n.241 del 1990 e s.m. osservando che la sua entrata in vigore ha definitivamente risolto il problema del fondamento del potere di revoca degli atti amministrativi.

Il sopradetto art. 21-quinques ha accolto infatti una nozione ampia di revoca, prevedendo tre presupposti alternativi, che ne legittimano l'adozione: a) per sopravvenuti motivi di pubblico interesse; b) per mutamento della situazione di fatto; c) per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

La revoca di provvedimenti amministrativi è, quindi, possibile non solo in base a sopravvenienze, ma anche per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (c.d. jus poenitendi).

Sulla base di tale normativa la Azienda appellante assume la erroneità della affermazione del Tar che ha ritenuto che il risparmio economico nell'acquisto di alcoli con un maggiore quantitativo di denaturante non sarebbe sufficiente a fondare il provvedimento di revoca. Inconferente secondo l'Azienda sarebbe il richiamo da parte del primo giudice al principio di derivazione comunitaria derivante dal sopradetto 23° considerando della direttiva 2007/66/CE recepita con D.lgs. 20 marzo 2010 n. 53, per il quale non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi .

3.1. Entrambe le doglianze dell'Azienda appellante meritano accoglimento.

Nel caso di specie, la già citata motivazione del provvedimento di revoca è

costituita da una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario e cioè ad una diversa e più attenta valutazione della situazione preesistente all'atto revocato ed in relazione a circostanze non prese in considerazione al momento della adozione dello stesso.

La Commissione giudicatrice nel corso della procedura di gara e prima della stipulazione del contratto quando ancora gli interessi economici delle parti non si erano consolidati ha rilevato che gli alcoli dei quali la Azienda aveva programmato l'acquisto e che erano stati offerti dalla Diapth s.p.a. contenevano una percentuale di denaturante inferiore rispetto a quelli offerti dalla Bio Optica e che per questo risultavano notevolmente più costosi.

La Azienda rilevava che per il tenore della *lex specialis* non era possibile aggiudicare la gara a favore della concorrente che aveva offerto alcoli di minore qualità e miglior prezzo ottenendo tuttavia il miglior punteggio complessivo (cioè alla Bio-Optica), ma che per potere acquisire prodotti di qualità idonea all'uso, ma più economici era necessario revocare la precedente gara e predisporre una diversa *lex specialis*.

Risulta quindi erronea la argomentazione del Tar che ha ritenuto la illegittimità da parte della amministrazione “.. di un mero ripensamento del proprio operato, con cui l'Azienda denota di non avere effettuato, nel rispetto anche dell'art. 11, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, una accorta ponderazione delle proprie esigenze organizzative prima di rivolgersi al mercato” .

Il sopradetto articolo 21 quinquies, come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa formatasi in materia, consente tale ripensamento da parte della amministrazione là dove ritenga di operare motivatamente una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (Cons. Stato, V, n.2244 del 21.4.2010; V, n.1554 del 17.3.2010; V n.2334 del 6.10.2010) .

4. Inconferente è anche la normativa invocata dal Tar che si limita a

definire “non imperative” le esigenze economiche dell’amministrazione e quindi non esclude in linea di principio che tali esigenze, ove attentamente apprezzate, possano essere prese in considerazione laddove portino a conseguenze sproporzionate e contrarie all’interesse pubblico.

Ora, in disparte azioni risarcitorie attivabili da parte della società Diapth e comunque estranee all’ odierno contenzioso, nella fattispecie la Azienda ha ritenuto motivatamente, in una fase non ancora definita della procedura di gara, ancora prima del consolidarsi delle posizioni delle parti e quando il contratto non era stato ancora concluso, che assumesse prevalenza l’interesse economico della amministrazione, tale da giustificare la revoca della gara.

5. Conclusivamente l’appello deve essere accolto e per l’effetto deve essere riformata la sentenza del Tar, devono essere respinti i motivi aggiunti con i quali la ricorrente denuncia l’illegittimità del provvedimento del 12 luglio 2010, che ha revocato l’intera gara e approvato l’indizione di una nuova procedura; deve conseguentemente essere dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo con il quale Diapth s.p.a. ha dedotto l’illegittimità dell’aggiudicazione in favore di Bio - Optica s.p.a..

6. Sussistono motivi in relazione all’andamento della vicenda contenziosa per compensare le spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto, in riforma della sentenza appellata respinge i motivi aggiunti presentati dalla soc. Diapth in primo grado, dichiara improcedibile il ricorso di primo grado dalla stessa presentato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2011

con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/04/2011

IL SEGRETARIO

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