

N. 02456/2011REG.PROV.COLL.
N. 09352/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9352 del 2010, proposto da:

Assidea & Delta S.r.l. in proprio e quale Capogruppo Mandataria Rti costituito con Aon Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Patrizio Leozappa, Filippo Panizzolo, con domicilio eletto presso Patrizio Leozappa in Roma, via G. Antonelli, 15;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale Roma H, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Leonardo, con domicilio eletto presso Roberto Leonardo in Roma, via Valadier, 48;

Azienda Ospedaliera Sant'Andrea, in persona del legale rappresentante *pro tempore* rappresentato e difeso dall'avv. Giampiero Agnese, con domicilio eletto presso Giampiero Agnese in Roma, via degli Scipioni N. 132;

nei confronti di

Allianz Ras - Agenzia Geras Italia Spa, Allianz Ras - Agenzia Roma Centro Geras Italia Spa, Allianz Spa, Fondiaria Sai - Agenzia di Roma, Fondiaria

Sai, Natale Mario Di Luca;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUA n. 32177/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI BROKERAGGIO ASSICURATIVO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Unita' Sanitaria Locale Roma H e di Azienda Ospedaliera Sant'Andrea;

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 5 aprile 2011 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Leozappa, Leonardo e Agnese;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno accolto il ricorso proposto dalla società in epigrafe indicata avverso gli atti con i quali il Commissario Straordinario dell'intimata AUSL Roma H ha revocato la precedente aggiudicazione del servizio triennale di brokeraggio intervenuta in favore del raggruppamento dalla sessa capeggiato all'esito della gara indetta con delibera direttoriale 13.10.2008, n. 1844.

L'appellante censura le argomentazioni poste a sostegno del *decisum* di prime cure.

Resistono le amministrazioni in epigrafe specificate.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 5 aprile 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Il Collegio reputa fondato ed assorbente il motivo di appello con cui si

ripropone la censura volta a stigmatizzare la violazione dell'obbligo di avviso di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241/1990.

Alla stregua di consolidate e condivisibili coordinate giurisprudenziali, il perfezionamento della procedura di evidenza pubblica, segnato dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, vale a differenziare e qualificare la posizione dell'aggiudicatario ai fini dell'applicazione dei canoni partecipativi cristallizzati dagli articoli 7e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 onde consentire allo stesso la difesa della posizione di vantaggio acquisita rispetto all'eventualità dell'esercizio del potere di riesame con esito di ritiro (cfr. , *ex multis*, Cons. St, sez. V, 21 novembre 2007, n. 5925, secondo cui, quando l'amministrazione intenda procedere al riesame in autotutela del provvedimento di aggiudicazione definitiva, con il quale si sia concluso il procedimento di affidamento di contratti pubblici deve adempiere alla prescrizione imposta dall'art. 7 della legge n. 241/1990 provvedendo alla comunicazione dell'avvio del procedimento quantomeno nei confronti dell'aggiudicatario la cui sfera giuridica potrebbe essere incisa dagli effetti sfavorevoli derivanti dall'adozione dell'atto di revoca; Cons.giust.amm. Sicilia , sez. giurisd., 31 marzo 2006 , n. 129, secondo cui la riapertura di una gara già conclusa con un provvedimento di aggiudicazione definitiva implica "ex se" la revoca di esso, indipendentemente da quali potranno essere i successivi esiti del riaperto procedimento di gara, con conseguente obbligo di invio dell'avviso di avvio del procedimento di autotutela all'originario aggiudicatario ai sensi del citato art. 7 l. n. 241 del 1990).

Applicando tali coordinate ermeneutiche al caso di specie, si deve allora ravvisare l'illegittimità del provvedimento di revoca adottato con delibera commissariale 24 giugno 2009, CS/76 a distanza di oltre un mese dall'intervento della delibera direttoriale 22 maggio 2008, n. 1844, che

aveva disposto l'aggiudicazione definitiva in favore dell'appellante, autorizzando altresì la stipula del contratto con procedura d'urgenza giusta l'art. 11, commi 10 e 12, del codice dei contratti pubblici. L'adozione del provvedimento di ritiro, incidendo in via estintiva sulla posizione di vantaggio consacrata dall'atto di aggiudicazione definitiva, ha infatti impedito alla società ricorrente di interloquire sull'effettiva sussistenza e consistenza di ragioni di interesse pubblico, collegate alla preferenza per un diverso modulo organizzativo imperniato sul potenziamento degli uffici interni, tali da giustificare, anche alla luce delle procedure nelle more attivate per l'affidamento dei servizi assicurativi, la frustrazione degli esiti della procedura di evidenza pubblica relativa ai servizi di brokeraggio e del conseguente affidamento ingenerato circa la conseguenziale stipula del contratto. Si deve soggiungere che la caratterizzazione discrezionale del provvedimento di revoca e l'esigenza di ponderare comparativamente con gli interessi pubblici in rilievo la posizione di vantaggio conseguita dal ricorrente a seguito della partecipazione con esito vittorioso alla procedura, impediscono di applicare la regola conservativa sancita dall'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241/1990 in merito alla natura non invalidante delle violazioni formali e procedurali non influenti sull'esito finale del procedimento.

Resta salvo il riesercizio del potere amministrativo all'esito di una procedura che consenta la piena esplicitazione del contraddittorio ai fini di una congrua comparazione degli interessi in considerazione.

Non è invece apprezzabile l'interesse attuale del ricorrente all'annullamento degli atti con i quali l'Azienda Roma H ha prima chiesto all'Azienda ospedaliera S. Andrea la collaborazione del prof. Di Luca Natale Mario per la progettazione e costituzione dell'Ufficio conciliazione interno e per l'assistenza giuridico-gestionale all'Ufficio Assicurativo della stessa Azienda e poi ha approvato lo schema di convenzione con l'Azienda Ospedaliera S.

Andrea per attività di consulenza professionale finalizzata a prestazioni di consulenza giuridica gestionale per i servizi assicurativi.

Si deve, infatti, rimarcare, per un verso, che l'incarico in esame ha esaurito i suoi effetti in data 31.10. 2010 , e, per altro verso, che le questioni relative alla preferibilità di tale modulo organizzatorio, basato sulla valorizzazione degli uffici interni supportati da un consulente esterno rispetto all'affidamento del servizio di brokeraggio, dovranno essere oggetto di rivalutazione in sede di eventuale riedizione della procedura amministrativa di ritiro nel rispetto delle regole procedurali prima rammentate.

3. In definitiva, l'appello merita accoglimento nei sensi prima esposti, con salvezza del riesercizio del potere amministrativo.

Le spese seguono la regola della soccombenza nei sensi in dispositivo specificati

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, lo accoglie nei sensi in motivazione specificati e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie come da motivazione il ricorso di primo grado e annulla la delibera del Commissario Straordinario della AUSL Roma H, n. 76 del 24 giugno 2009.

Condanna l'AUSL Roma H al pagamento, in favore dell'appellante, delle spese del presente grado di giudizio che liquida nella misura di euro 4.000//00 (quattromila//00) euro.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/04/2011

IL SEGRETARIO

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