

N. 02805/2012REG.PROV.COLL.
N. 04141/2011 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 4141 del 2011, proposto dalla:
Azienda Sanitaria Locale BAT, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avv. Ugo Patroni Griffi, con domicilio eletto in
Roma, piazza Barberini n. 12;

contro

Siram S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dall'avv. Luigi Volpe, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma,
via Cosseria n. 2

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Puglia, Sede di Bari, Sezione I, n. 417 del
10 marzo 2011, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio
integrato di conduzione e gestione degli impianti termici, idrosanitari,
fognari e di climatizzazione.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Siram S.p.a;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2012 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti l'avv. Zito, per delega dell'avv. Patroni Griffi, e l'avv. Mazzarelli, per delega dell'avv. Volpe;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La società Siram era risultata migliore offerente ed aggiudicataria provvisoria (con verbale del 24 novembre 2009), nella procedura aperta indetta dalla Azienda Sanitaria Locale BAT (con delibera n. 309 del 27 febbraio 2008), per l'appalto del servizio integrato di conduzione e gestione per tre anni degli impianti termici, idrosanitari, fognari e di climatizzazione, con importo a base di gara di € 3.120.000,00 (€ 1.040.000,00 per anno, di cui € 800.000,00 per canone e € 240.000,00 per attività extra canone).

Il Direttore generale della Azienda Sanitaria, con delibera n. 345 del 1 marzo 2010, decideva peraltro, in autotutela, di non recepire i verbali di gara e di non disporre l'aggiudicazione definitiva, dando contestualmente incarico all'ufficio tecnico di formulare un nuovo bando di gara.

Il Direttore generale della Azienda Sanitaria aveva infatti, in sintesi, rilevato che:

- l'oggetto principale dell'appalto era costituito da lavori e non da servizi, tenuto conto che gli interventi di "riqualificazione o adeguamento normativo e funzionale degli impianti esistenti", previsti dal capitolato speciale di gara, determinavano l'esecuzione di nuove opere e considerato che il 76,34% del valore economico dell'appalto (€ 2.382.000) era previsto per lavori di manutenzione, con la conseguenza che la componente dei servizi, sulla base del criterio della prevalenza economica, aveva carattere solo accessorio;
- il capitolato speciale risultava generico nel descrivere l'oggetto del

contratto, demandando all'appaltatore la definizione degli interventi di manutenzione ed individuando i costi sulla base di un canone annuo legato a valutazioni qualitative, invece di determinarli sulla base di un computo metrico delle lavorazioni;

- l'appalto risultava eccessivamente oneroso per l'azienda sanitaria che versava in notorie condizioni di passività contabile, come certificato anche dal bilancio di previsione per l'anno 2010.

2.- La Siram ha impugnato tale atto davanti al T.A.R. per la Puglia che, con sentenza della Sezione I n. 417 del 10 marzo 2011, ha ritenuto fondato il ricorso e annullato la predetta delibera del Direttore generale della Azienda Sanitaria Locale BAT n. 345 del 1 marzo 2010.

3.- L'Azienda Sanitaria ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea sotto diversi profili.

Dopo aver insistito nel ritenere che, contrariamente a quanto affermato dal T.A.R., l'oggetto principale dell'appalto è costituito da lavori e non da servizi e che i lavori di riqualificazione ed adeguamento normativo o funzionale degli impianti esistenti, previsti dal capitolato della gara annullata, devono essere considerati come nuove opere, l'Azienda Sanitaria ha sostenuto l'impossibilità di assumere il previsto impegno di spesa, tenuto anche conto che la spesa relativa all'appalto incide in termini percentuali per circa il 20% sul totale dei costi di manutenzione della Azienda e per oltre il 40% sui costi di manutenzione al netto degli oneri relativi alle attrezzature sanitarie (come da parere del prof. Marco Lacchini, Ordinario di Economia Aziendale, in data 10 maggio 2011, in atti).

All'appello si oppone la Siram che ha sostenuto che l'atto di autotutela in esame (un misto fra annullamento e revoca) è viziato, oltre che per i motivi indicati dal T.A.R., anche per la violazione delle garanzie procedurali previste dalla legge n. 241. Secondo la Siram non sussistevano comunque i vizi di legittimità indicati nella delibera n. 345 del 1 marzo 2010, essendo

ben chiaro e non generico l'oggetto dell'appalto. Inconferente risultava poi il richiamo all'art. 81, comma 3 del codice degli appalti, sulla convenienza delle offerte. Non vi erano infine le ragioni economiche genericamente affermate per giustificare la revoca, anche perché i servizi di gestione e manutenzione oggetto della gara non possono ritenersi meno importanti di altri servizi che l'Azienda assicura ed intende assicurare.

4.- Prima di affrontare il merito dell'appello si ritiene opportuno ricordare che, a seguito della sentenza di primo grado, il 3 giugno 2011 l'Azienda ha comunque deliberato la stipula del contratto che è stato poi sottoscritto e che è ora in corso, facendo comunque salvi gli effetti dell'appello proposto.

5.- L'appello non è tuttavia fondato e deve essere pertanto respinto.

Si deve in primo luogo osservare che l'appalto in questione, contrariamente a quanto sostenuto dall'amministrazione con il provvedimento di autotutela oggetto di impugnazione (e nell'atto di appello), non può ritenersi un appalto (prevalente) di lavori ma deve essere considerato un appalto (prevalente) di servizi.

Infatti, come osservato dal giudice di primo grado, «la lettura del capitolato speciale (cfr., in particolare, i paragrafi 2, 4, 5 e 8) rivela che oggetto dell'appalto è la fornitura di un sistema integrato di servizi per la gestione e l'esecuzione di tutte le attività necessarie a mantenere in stato di efficienza gli impianti» termici, idrosanitari, fognari e di climatizzazione, «con l'espressa esclusione di nuove opere, fatta eccezione per gli interventi che risultino di volta in volta necessari per l'adeguamento e la riqualificazione degli impianti e delle strutture esistenti, al fine del loro corretto utilizzo».

5.1.- L'appalto ha quindi previsto l'esecuzione di tutte le attività necessarie ad assicurare il funzionamento degli impianti termici, idrosanitari, fognari e di climatizzazione. Il Capitolato ha previsto, a tal fine, un sistema di gestione e controllo delle attività, con l'attivazione di un *call center* per la gestione delle chiamate, la costituzione di una anagrafe tecnica e la

realizzazione di un sistema informativo, ed ha poi previsto l'esecuzione di tutte le attività di gestione e manutenzione necessarie (a partire dall'accensione e spegnimento degli impianti termici e di climatizzazione). Per assicurare la funzionalità degli impianti il Capitolato ha previsto tutta una serie di attività di verifica, controllo e monitoraggio degli stessi, con interventi di pulizia, lubrificazione, verifica delle componenti, regolazioni e tarature, prove e misure, da effettuarsi sulle singole unità impiantistiche con le frequenze minime riportate nelle relative schede tecniche. Il tutto compreso nel canone di gara.

5.2.- Il Capitolato ha poi anche previsto la gestione extracanone per “gli interventi di manutenzione a guasto e/o su chiamata” sopra franchigia (euro 200 per il 1° anno ed euro 500 dal 2° anno) necessari “al ripristino delle diverse anomalie e alla conservazione dei complessi impiantistici”, nel limite degli importi destinati agli interventi extracanone. Tali interventi, come espressamente affermato nel Capitolato (punti 4.5, 5.2.2. 5.3.2) possono essere eseguiti solo dopo la sottoscrizione per approvazione del competente dirigente dell'Area Gestione Tecnica. Con la sola eccezione degli interventi “indifferibili... da compiere senza indugio in quanto finalizzati alla messa in sicurezza degli impianti necessaria a scongiurare situazioni di pericolo per la pubblica incolumità e/o l'interruzione del pubblico servizio”, per i quali l'ordine di servizio è consentito al termine di esecuzione dell'intervento.

5.3.- Se è quindi vero che il capitolato speciale ha previsto (oltre agli interventi di pura gestione del servizio) l'effettuazione di interventi di manutenzione ordinaria, anche in via preventiva, sulla base di un programma di mantenimento della funzionalità degli impianti (con il corrispettivo compreso nel canone), nonché interventi ulteriori di manutenzione da remunerarsi, al di sopra della franchigia, in aggiunta al canone (sulla base dei prezzi unitari fissati nei listini allegati, al netto del

ribasso offerto), tuttavia, come correttamente affermato dal T.A.R., l'effettuazione dei necessari interventi di manutenzione e piccole riparazioni si pongono, in ogni caso, in una relazione di stretta accessorietà con il servizio oggetto della gara, con la conseguenza che erroneamente (nell'atto di autotutela) l'appalto è stato ritenuto di lavori e non di servizi dall'amministrazione appellante.

5.4.- Peraltro, come pure rilevato dal T.A.R., che l'appalto in questione sia giuridicamente riconducibile alla categoria dell'appalto dei servizi è confermato dalla disciplina vigente in materia di contratti misti. Infatti, ai sensi dell'art. 14, terzo comma, del d.lgs. n. 163 del 2006, l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori, se il relativo importo assume rilievo superiore al 50%, salvo che, come nella fattispecie, per le caratteristiche specifiche dell'appalto, «i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto».

6.- Ma, a prescindere da tale questione, che potrebbe anche non risultare decisiva ai fini della verifica della legittimità delle statuizioni contenute nel bando di gara (e nel capitolato), non risulta nemmeno, dall'esame di tali atti, che vi sia (come sostenuto nell'atto di autotutela) una incertezza sugli effettivi contenuti delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Come è stato affermato sul punto dal T.A.R. nella sentenza appellata, non si può ritenere che «il bando demanderebbe (illegittimamente) all'appaltatore la definizione della prestazione da eseguire», considerato che «gli interventi di manutenzione richiesti dal capitolato sono quelli di volta in volta giustificati dalle esigenze di funzionamento degli impianti, con la conseguenza che è anche ammissibile, in tale ipotesi, che il capitolato di gara non contenga un computo metrico dettagliato dei lavori da eseguire ma ciò non determina affatto l'aleatorietà del contratto, come impropriamente ritenuto dall'Amministrazione».

6.1.- In particolare non si rilevano incertezze per tutte le attività di gestione e manutenzione che sono state comprese nel canone. Ma non si rileva nemmeno una effettiva incertezza per i possibili lavori di adeguamento extracanone, considerato che tali interventi, come si è già accennato, possono essere eseguiti solo in quanto necessari e nei limiti dell'importo a tal fine stanziato e tenuto conto che spetta (ovviamente) all'amministrazione il potere di verificare, in relazione al timore di costi (extracanone) non controllabili, l'effettiva necessità dei lavori che l'appaltatore ritenga di dover effettuare per il funzionamento degli impianti (e per il loro adeguamento normativo/funzionale).

Spetta infine all'amministrazione, in applicazione di principi generali, il potere/dovere di verificare la corretta esecuzione dei lavori, con il loro computo metrico (naturalmente quando possibile), e tutti gli altri elementi giustificativi della spesa.

Peraltro il capitolato, per gli interventi sopra franchigia (al punto 5.1.5) consente alla stazione appaltante di avvalersi anche di altri soggetti per la loro esecuzione, a meno che gli interventi siano indifferibili. Ed anche in tal caso ben può l'amministrazione verificare l'effettiva sussistenza della indifferibilità ed urgenza.

7.- Deve ritenersi poi improprio, come affermato dal giudice di primo grado, il richiamo nell'atto di autotutela all'art. 81, terzo comma, del Codice dei contratti pubblici (che consente alle stazioni appaltanti di non procedere all'aggiudicazione, quando "nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto"), tenuto conto che, nella fattispecie, «l'Amministrazione non è stata in grado di dimostrare l'inopportunità ovvero l'eccessiva onerosità dell'offerta tecnico-economica presentata dalla Siram s.p.a., che anzi è incontestabilmente risultata la migliore tra quelle pervenute, oltreché conforme al bando di gara».

8.- Anche sulla questione delle difficoltà finanziarie dell'Azienda sanitaria

che non avrebbero consentito l'assunzione dell'impegno di spesa per il triennio, deve convenirsi con il giudice di primo grado nel ritenere che tali difficoltà sono state solo genericamente affermate nell'atto di autotutela.

Pur essendo ben note le difficoltà finanziarie in cui versano numerose aziende sanitarie tuttavia tali difficoltà, se impongono l'eliminazione di tutte le spese non necessarie e, più in generale, l'adozione di misure volte al contenimento delle spese di funzionamento, con una gestione più attenta delle limitate risorse disponibili, non impediscono alle aziende di esercitare la propria funzione e quindi di svolgere quelle attività necessarie per l'erogazione dei servizi pubblici ai quali devono provvedere.

8.1.- Ciò chiarito, l'Azienda appellante non poteva limitarsi ad evocare generiche difficoltà finanziarie per giustificare (dopo l'aggiudicazione provvisoria) l'annullamento/revoca della gara in questione ma doveva anche dimostrare che tali difficoltà erano tali da non consentire nemmeno l'esecuzione dei servizi di gestione e manutenzione oggetto della gara che, come sostenuto dalla Siram, non appaiono meno importanti di altri servizi che la stessa Azienda comunque assicura ed intende assicurare.

Mancando qualsiasi elemento in tal senso nella delibera oggetto di impugnazione, anche per tale motivo la stessa, come giustamente ritenuto dal T.A.R., non poteva ritenersi legittima.

9.- Del resto, la giurisprudenza, anche di questa Sezione, ha affermato che è anche possibile, in materia di contratti della P.A., non procedere alla aggiudicazione (definitiva o provvisoria) di una gara ma tale potere deve trovare fondamento, in via generale, in specifiche ragioni di pubblico interesse (Consiglio di Stato, Sezione III, n. 833 del 16 febbraio 2012; n. 6039 del 15 novembre 2011, Sezione VI, n. 1554 del 17 marzo 2010).

Occorre quindi che nell'atto dell'amministrazione siano chiaramente indicate (e non risultino manifestamente irragionevoli) le ragioni di pubblico interesse (attuale e concreto) che hanno determinato l'adozione

dell'atto di autotutela e che tali ragioni siano prevalenti rispetto agli altri interessi militanti in favore della conservazione degli atti oggetto del provvedimento di revoca.

10.- Per le ragioni esposte non può condurre ad una diversa conclusione l'esame del parere, redatto il 10 maggio 2011 dal prof. Marco Lacchini, Ordinario di Economia Aziendale, sulla congruità dei dati contabili riportati nella deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda sanitaria n. 155 del 29 gennaio 2010, riguardante il bilancio di previsione dell'Azienda per il 2010 nonché il bilancio pluriennale 2010-2012.

11.- Si deve aggiungere, per completezza, che l'atto di autotutela in questione (che in parte può essere qualificato come atto di annullamento per vizi di legittimità ed in parte come atto di revoca per ragioni di opportunità) risultava comunque viziato anche per il mancato rispetto delle garanzie procedimentali previste dalla legge n. 241 del 1990.

In particolare, l'esercizio dell'autotutela da parte della Pubblica amministrazione richiede il previo avviso di avvio del procedimento, come sostenuto dalla Siram, perché l'interessato deve essere messo in condizione di argomentare, in contraddittorio con l'Amministrazione, sulla insussistenza di un prevalente interesse alla rimozione dell'atto ritenuto illegittimo o inopportuno (fra le più recenti: Consiglio di Stato, sez. IV, n. 1112 del 28 febbraio 2012).

12.-Per tutte le esposte ragioni, l'appello risulta infondato e deve essere respinto e l'appellata sentenza del TAR per la Puglia, Sede di Bari, Sezione I, n. 417 del 10 marzo 2011 deve essere integralmente confermata.

Le spese del grado di appello seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo

respinge.

Condanna l'amministrazione appellante al pagamento, in favore della società resistente, di € 3.000,00 (tremila), per spese e competenze di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Vincenzo Neri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/05/2012

IL SEGRETARIO

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