

Publicato il 28/03/2022

N. 02274/2022REG.PROV.COLL.
N. 08968/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 8968 del 2021, proposto da Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giorgio Fraccastoro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del medesimo difensore in Roma, via Piemonte n. 39;

contro

Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti Marche Nord, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Pagani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Papalini S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/b;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) n. 692/2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti Marche Nord e di Papalini S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2022 il Cons. Umberto Maiello e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando del dicembre 2014, Consip indiceva una procedura aperta, suddivisa in 14 lotti, per l'affidamento dei servizi di pulizia, di sanificazione ed altri servizi per gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale.

1.1. Nell'ambito della suddetta procedura di gara, Dussmann, in data 23 novembre 2020, risultava aggiudicataria del lotto n. 5 destinato a servire, tra gli altri, il territorio della Regione Marche. Ne è seguita la stipula della Convenzione Consip per l'affidamento del servizio, con efficacia a far data dal 18 maggio 2020.

1.2. Nelle more dell'aggiudicazione della gara Consip, la Stazione Unica Appaltante della Regione Marche (SUAM) ha indetto, con bando pubblicato in GURI in data 11.01.2019, una procedura aperta per "*l'affidamento del servizio di pulizia delle Aziende sanitarie della Regione Marche*" suddivisa in 14 lotti, di cui il n. 7 riguardava l'espletamento del servizio di pulizia in favore dell'Azienda Ospedaliera "*Ospedali Riuniti Marche Nord*".

1.3. Il lotto, al quale partecipava anche l'appellante, veniva aggiudicato alla società Papalini in data 29 marzo 2021 dopo una serie di passaggi dei quali è necessario dare subito conto.

1.4. In data 22 maggio 2020, infatti, l'allora RUP della gara SUAM comunicava agli Enti del SSR che, stante la pandemia in corso, *“non sarà possibile aggiudicare la procedura in questione, presumibilmente, entro il 2020. In tale contesto, in data 18/05/2020, Consip ha attivato il lotto 5 della convenzione Servizi di pulizie per gli Enti del SSN, tra le quali insiste anche la Regione Marche”*. Contestualmente, veniva richiesto ai Direttori Generali di valutare se proseguire con la procedura di gara o aderire alla convenzione Consip.

1.5. L'Azienda Ospedaliera *“Ospedali Riuniti Marche Nord”*, assieme ad altre Aziende del territorio marchigiano, con determina n. 678 del 24 dicembre 2020, disponeva l'adesione alla Convenzione stipulata da Consip S.p.A. con la ditta Dussmann Service S.r.l. avente ad oggetto i servizi di pulizia, di sanificazione ed altri servizi per gli Enti del SSN – lotto 5.

1.6. La società Papalini si opponeva, dinanzi al TAR Ancona, ai provvedimenti di adesione alla gara centralizzata. Il Consiglio di Stato, disattendendo l'approdo ermeneutico del TAR, ha ritenuto legittima l'adesione alla gara Consip sulla scorta della seguente argomentazione: *“la soluzione più ragionevole non avrebbe appunto potuto essere che quella di attingere alla gara nazionale, garantendo l'approvvigionamento del servizio nelle more della gara regionale nel rispetto dei principi di concorrenzialità, economicità e buon andamento (anche attraverso l'apposizione delle opportune clausole condizionanti alla manifestazione di adesione), salvaguardando nel contempo gli esiti della gara regionale (come sancito da questa Sezione con l'ordinanza cautelare n. 6905/2020), al fine di consentire, una volta che la gara regionale si fosse conclusa, le opportune valutazioni di convenienza (economica e qualitativa) in ordine alle condizioni di svolgimento del servizio medesimo garantite dalla gara regionale (a fronte di quelle derivanti dalla gara nazionale): consentendo, in tal modo, l'attuazione del principio di (tendenziale) prevalenza della gara regionale rispetto a quella nazionale, non in modo assoluto ed indiscriminato, ma in coerenza con i menzionati principi di buon andamento, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, secondo i principi interpretativi enucleabili dalla giurisprudenza citata”* (Cons. Stato, Sez. III, 31 marzo 2021, n. 2707).

1.7. Posto che due giorni prima del deposito della sentenza, la gara regionale svolta dalla SUAM si era conclusa con l'aggiudicazione del servizio di pulizie alla società Papalini, ed in ossequio al riferito pronunciamento di questo Consiglio che sollecitava l'Ente ad effettuare valutazioni di convenienza (economica e qualitativa) in ordine alle condizioni di svolgimento del servizio garantite dalla gara regionale e dalla gara nazionale, con nota prot. n. 38742 del 23 luglio 2021, l'AORMN ha costituito il gruppo tecnico multidisciplinare, con contestuale nomina e conferimento dell'incarico a svolgere le suddette valutazioni.

1.8. Contestualmente, l'AORMN ha comunicato all'odierna appellante il formale avvio del procedimento ai sensi della L. n. 241/90 al quale la stessa partecipava trasmettendo apposita relazione.

Con nota prot. n. 752602 del 5 agosto 2021, il Gruppo tecnico multidisciplinare (di seguito anche Gtm) trasmetteva la relazione di valutazione di convenienza economico- qualitativa nella quale concludeva che *“Il progetto SUAM per l'affidamento in lotti distinti del Servizio di Pulizie delle Aziende Sanitarie della Regione Marche e il progetto della Convenzione CONSIP per l'affidamento dei servizi di pulizia di sanificazione ed altri servizi per gli enti del Servizio Sanitario Nazionale per le Pubbliche Amministrazioni, non sono realmente comparabili sotto il profilo tecnico-qualitativo e, conseguentemente, neppure sotto il profilo economico. La progettazione tecnico estimativa di SUAM infatti è stata costruita e sviluppata sulle specifiche e concrete esigenze di servizio delle singole Aziende Sanitarie/Ospedaliere della Regione e, quindi, anche di questa Azienda che ha partecipato con progettista esperto in materia”* concludendo nel senso che *“In ragione delle precedenti considerazioni, e sottolineando che la stesura della progettazione regionale ha visto il coinvolgimento di progettista interno all'Azienda Ospedaliera che ha permesso la realizzazione di un capitolato in piena aderenza alle esigenze di Marche Nord, appare evidente che la convenzione SUAM è maggiormente aderente ed immediatamente applicabile alle necessità di questa Azienda, dimostrando per questo la rispondenza ai principi di efficienza, efficacia ed economicità”*.

1.9. Con determina D.G. n. 405 del 11 agosto 2021, l'AORMN, preso atto dell'esito del procedimento di valutazione di convenienza economico-qualitativa, ha disposto il recesso anticipato dalla convenzione Consip, dando atto della cessazione del contratto in essere con la società Dussmann al 30/09/2021. Contestualmente ha disposto di aggiudicare la gara regionale quinquennale alla ditta Papalini S.p.A.

1.10. Con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, la Dussmann odierna appellante, impugnava la riferita determina n. 405 dell'11 agosto 2021, unitamente alla determina con la quale l'Azienda Ospedaliera comunicava l'esito del procedimento di *“valutazione di convenienza economico-qualitativa dei progetti SUAM e Consip relativi al servizio di pulizia per l'A.O. Ospedali Riuniti Marche Nord”*, alla relativa relazione di valutazione e alla nota con la quale l'Azienda Ospedaliera ha nominato e conferito l'incarico al gruppo tecnico multidisciplinare deputato all'espletamento dell'attività di valutazione comparativa.

1.11. Il TAR, accogliendo l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevato dalla Papalini, dichiarava il ricorso inammissibile, stante la natura privatistica del potere esercitato dall'Amministrazione con il recesso dalla convenzione.

2. Avverso la decisione ricorre la Dussmann Service S.r.l., sostenendo che il TAR sarebbe giunto a declinare la giurisdizione amministrativa sulla base di un erroneo inquadramento del vizio denunciato con il ricorso di primo grado.

2.1. Con l'unico articolato motivo di appello, la Dussmann precisa di aver attratto nel fuoco della contestazione non già l'esercizio della facoltà di recesso della Stazione appaltante, né la legittimità della clausola risolutoria, pacificamente accettata dalla Società, quanto invece la legittimità del procedimento di valutazione condotto dal Gtm, che di quel recesso costituisce il presupposto, e ritenuto dall'appellante viziato da carenze istruttorie che ne avrebbero inevitabilmente condizionato l'esito finale.

2.2. Detta valutazione, in quanto esercizio di poteri amministrativi afferenti a una valutazione di natura (tecnico) discrezionale orientata al perseguimento di

interessi pubblici, non potrebbe che confrontarsi con la situazione soggettiva dell'interesse legittimo, la cui tutela giurisdizionale appartiene alla giurisdizione amministrativa.

2.3. D'altra parte, precisa l'appellante, in altri giudizi nei quali si contestava la medesima valutazione e coinvolgenti altre Aziende Sanitarie marchigiane, il TAR di Ancona ha ritenuto la propria giurisdizione, per cui, stante l'identità delle censure, non assumerebbe alcun rilievo la circostanza che in quei casi non sia stata ancora esercitata la facoltà di recesso.

2.4. L'appellante, quindi, chiede la riforma della decisione appellata con rimessione della causa al primo giudice ai sensi dell'art. 105 c.p.a. riproponendo altresì i motivi di ricorso articolati in primo grado.

2.5. Con ordinanza n. 6208 del 19.11.2021 questa Sezione ha preso atto della rinuncia all'istanza cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza appellata.

2.6. All'udienza del 17.3.2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

3. L'appello è infondato e, pertanto, va respinto.

3.1. La suggestiva tesi promossa dall'appellante, secondo cui la valutazione del Gtm sarebbe riconducibile all'esercizio di poteri discrezionali di natura autoritativa e, dunque, il relativo sindacato di legittimità ricade nel perimetro della giurisdizione del giudice amministrativo, non persuade.

3.2. Non può, infatti, essere revocato in dubbio che, nel caso di specie, l'esercizio della facoltà di recedere dalla convenzione si inserisca in una dinamica contrattuale dalla quale non è possibile prescindere perché da essa scaturisce, per l'Amministrazione, un potere (quello di recedere) di natura esclusivamente privatistica.

3.3. L'esercizio della facoltà di recesso da parte del committente privato (all'art. 1671, Codice civile), traslata nell'ambito delle commesse pubbliche e riferita al committente pubblico, non cambia la natura del presupposto alla base del recesso, che si sostanzia, in entrambi i casi, in una rinnovata

valutazione di opportunità a cui il legislatore connette la facoltà di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale.

Ed è noto che secondo l'indirizzo fatto proprio da questo Consiglio di Stato in composizione plenaria *“Le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006 [oggi art. 109 del d. lgs. n. 150/2016]”* (Cons. Stato, Ad. Plen., 20/06/2014, n. 14).

3.4. Il fatto che, per il committente pubblico, la valutazione di opportunità a monte del recesso sia ontologicamente legata dalla cura dell'interesse pubblico, non consente infatti di ricostruire in termini pubblicistici detta valutazione in modo da riqualificare come interesse legittimo la situazione soggettiva riconducibile al privato che ne viene eventualmente lesa. Tale situazione, in un contesto contrattuale nel quale è azionato il diritto potestativo di recedere dall'appalto, mantiene la sua declinazione privatistica.

3.5. Per quanto suggestivo, il tentativo di aprire un varco al controllo giurisdizionale del giudice amministrativo sulle ragioni di opportunità che determinano il recesso passando per una ricostruzione in termini pubblicistici delle valutazioni a monte del recesso esercitato dall'Amministrazione, non può essere incoraggiato, accedendo pur sempre alla preventiva attività istruttoria all'esercizio di una facoltà che trova il suo fondamento giustificativo e i suoi limiti in un rapporto contrattuale a dimensione ontologicamente paritetica in cui la veste “esterna” dell'Amministrazione si declina come “contraente” e non come “Autorità”.

3.7. Quindi, il recesso si configura come un potere privatistico e i motivi, anche qualora formati ed elaborati in un contesto procedimentalizzato e partecipativo attingendo dall'architettura fornita dalla legge generale sul procedimento amministrativo, come è nel caso di specie, non assumono il rilievo pubblicistico teorizzato dall'appellante.

3.8. Il fatto che, sul versante interno, sia stato adottato il modulo procedimentale per giungere ad una decisione ponderata non muta il dato di fondo e cioè che il procedimento resta pur sempre servente e funzionale all'esercizio di una facoltà privatistica generata all'interno di un rapporto paritetico scandito dal binomio diritto/obbligo e non già riconducibile all'adozione di provvedimento amministrativo autoritativo adottato nell'esercizio di una potestà pubblica, nella specie qui per definizione assente.

4. Pertanto, il TAR ha correttamente declinato la giurisdizione, perché una volta perfezionato il contratto, nel quale è stata pattuita e accettata la clausola del recesso, il potere esercitato dall'amministrazione di recedere si configura come esercizio di una potestà privatistica il cui sindacato giurisdizionale appartiene al giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti soggettivi.

Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, l'appello va respinto.

Le spese del presente grado in ragione della peculiarità e della novità in fatto della vicenda scrutinata possono essere compensate.

P.Q.M.

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

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Umberto Maiello

Michele Corradino

IL SEGRETARIO