

## **Il provvedimento tacito di aggiudicazione provvisoria, tra potere di ritiro e tutela (precontrattuale) del legittimo affidamento.**

*di Enrichetta Tamburrino*

*Data di pubblicazione: 30-11-2012*

Tar Puglia, Bari, Sezione I, 11 ottobre 2012, n.1757  
Presidente Allegretta - Estensore Amovilli

1. All'adozione di un formale provvedimento di aggiudicazione provvisoria (artt. 12 c. 1 Codice contratti pubblici) è equipollente l'attività della commissione giudicatrice di esame della validità delle offerte pervenute, all'esito delle verifiche di rito e di selezione delle medesime. Infatti, il richiamato art. 12 comma 1, a differenza dell'aggiudicazione definitiva, contempla una specifica fattispecie di silenzio con valore legale tipico di assenso, che si perfeziona nel termine di 30 giorni dall'intervenuta selezione della miglior offerta da parte della commissione giudicatrice.

2. La decisione della stazione appaltante di procedere alla "revoca" dell'aggiudicazione provvisoria e di non dar corso definitivo alla gara svolta, in presenza di ragioni di pubblico interesse, non è attività di secondo grado, rientrando essa nell'unico procedimento di gara e nella medesima sequenza procedimentale.

3. Sussiste la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione per la scorretta gestione del procedimento di gara per lesione in capo al concorrente di una posizione di affidamento incolpevole in merito all'aggiudicazione del contratto o, quantomeno, in merito alla conclusione della gara; la posizione dell'aggiudicatario provvisorio, pur del tutto precaria ed instabile sino all'emanazione dell'aggiudicazione definitiva, può essere configurata quale meritevole di tutela ai sensi dell'art. 2043 c.c., per concretare l'elemento dell'ingiustizia del danno, essenziale in chiave di configurabilità della responsabilità risarcitoria.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia  
(Sezione Prima)  
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 139 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Cilifrese Vincenzo Multiservizi s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Silvio e Girolamo Giancaspro, con domicilio eletto presso Fulvio Mastroviti, in Bari, via Quintino Sella, 40;

contro

Azienda Sanitaria Locale Bari, rappresentata e difesa dall'avv.to Edvige Trotta, con domicilio eletto presso Edvige Trotta, in Bari, Lungomare Starita n.6;

per l'annullamentoprevia sospensiva

- della deliberazione del Direttore Generale n. 2409 del 23.12.2011, conosciuta successivamente, con cui la ASL BA ha disposto:

"di revocare la deliberazione n. 885 del 19.05.2011 e tutti gli atti connessi e consequenziali";

"di demandare a successivo provvedimento l'estensione dell'avviso pubblico di cui alla deliberazione n. 2200 del 29.11.2011 per i distretti socio sanitari n. 4, 5, 12, 13 e14";

- di ogni altro atto e provvedimento al predetto connesso, presupposto o consequenziale, ivi inclusa, ove occorra, la nota prot. n.7483/UOR-5 del 13.01.2012 di comunicazione della deliberazione del D.G. 2409/23.12.2011;

per la condanna dell'Azienda Sanitaria Locale Bari al risarcimento del danno precontrattuale causato dalle decisioni assunte;

in ogni caso al pagamento dell'indennizzo ex art.21-quinquies della legge n.241/1990;

quanto ai motivi aggiunti,

- della deliberazione D.G. n. 827 del 7.05.2012 con cui la ASL BA ha stabilito di indire avviso pubblico per la "costituzione elenchi accreditati DSS nn. 4, 5, 12, 13 e 14" nonché del relativo avviso pubblicato sul sito aziendale in data successiva;

- di ogni altro atto e provvedimento al predetto connesso, presupposto o consequenziale;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell' Azienda Sanitaria Locale di Bari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Paolo Amovilli

Uditi nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 2012 per le parti i difensori avv.ti Silvio Giancaspro e Carmine Cagnazzo, quest'ultimo per delega dell'avv. to Edvige Trotta;

FATTO e DIRITTO

1. Espone la ricorrente di aver partecipato al pubblico incanto per l'affidamento del servizio di "trasporto assistito utenti dializzati" indetto dall'ASL BA con deliberazione D.G. n. 885 del 9 maggio 2011, suddiviso in complessivi sei lotti, per l'affidamento del lotto n. 2 (corrispondente al territorio dei distretti socio sanitari nn. 4 e 5 ) per la durata di tre anni, con importo a base

d'asta di 1.384.620,00 euro e criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito della valutazione della documentazione amministrativa e delle offerte pervenute, la ricorrente risultava l'unico operatore ammesso alla successiva fase di gara (verbali n. 3 del 3 ottobre 2011 e n. 5 del 10 ottobre 2011).

Con successiva deliberazione del Direttore Generale n. 2409 del 23 dicembre 2011, l'Azienda Sanitaria ha revocato l'intera procedura di gara, sulla scorta della seguente motivazione, così sintetizzabile:

- la presentazione di offerte valide soltanto per i lotti nn. 2 e 6;
- in considerazione dell'onerosità del costo del servizio antecedente alla procedura aperta, l'opportunità di indire apposito avviso pubblico finalizzato alla costituzione di un albo di operatori economici disponibili ad effettuare il servizio di che trattasi "a prezzo contenuto e con modalità dignitose per l'utenza" per i distretti socio sanitari nn. 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10 e 11;
- il mancato perfezionamento di diritti in favore dei partecipanti alla gara in considerazione della mancanza, nella fattispecie, anche dell'aggiudicazione provvisoria;
- la necessità di garantire parità di trattamento ed uniformità del servizio su tutto il territorio dell'ASL

Con deliberazione D.G. n.2200 del 29 novembre 2011, l'ASL ha provveduto ad approvare lo schema di avviso pubblico per la costituzione di un elenco di operatori economici per il trasporto dei pazienti in trattamento dializzato, come modalità alternativa di affidamento del servizio per i distretti socio - sanitari nn. 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10 e 11; con successiva deliberazione DG n.827 del 7 maggio 2012, è stata approvata omologo avviso per i distretti 4, 5, 12, 13 e 14, di pertinenza territoriale dei lotti n.2 e 6.

La ricorrente impugna il suddetto provvedimento di revoca della gara, deducendo le seguenti doglianze, così riassumibili:

I. eccesso di potere per falsa presupposizione e travisamento dei fatti: diversamente da quanto presupposto dall'ASL, la ricorrente avrebbe conseguito l'aggiudicazione provvisoria, quale atto endoprocedimentale perfezionabile anche in forma tacita, secondo l'art. 12 Codice contratti pubblici, avendo la stazione appaltante comunque compiuto le verifiche di rito in ordine alla documentazione amministrativa e selezionato l'offerta migliore; la ricorrente dunque rivestirebbe la posizione di aggiudicataria, seppur in via provvisoria, e non già di semplice concorrente;

II. eccesso di potere per contraddittorietà manifesta e carenza di motivazione: l'Amministrazione non avrebbe avuto motivo di revocare la gara per il lotto n.2, per il quale la ricorrente ha presentato offerta valida e conveniente;

III. eccesso di potere per violazione delle disposizioni contenute nelle premesse e nell'art. 6 del disciplinare di gara in merito all'esercizio del potere di revoca, carenza di istruttoria e difetto di motivazione: la convenienza economica asserita dall'ASL a supporto della complessiva scelta organizzativa non risulterebbe comprovata da alcuna analisi comparativa e sarebbe del tutto indimostrata, così come del tutto insufficiente sarebbe di per sé la motivazione di garantire uniformità di trattamento su tutto il territorio aziendale;

IV. Eccesso di potere per irragionevolezza manifesta e violazione dei principi di buona amministrazione: l'impugnata revoca sarebbe manifestamente irragionevole perché funzionale all'acquisizione di prestazioni meno convenienti rispetto a quelle che sarebbero garantite dalla ricorrente con il contratto di appalto, depositando come argomento di prova propria relazione tecnica di parte.

La ricorrente, in subordine alla domanda di annullamento, avanza domanda di condanna dell'ASL BA al risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale, essendo oltremodo scorretto e contrario al canone di buona fede (artt. 1337-38 c.c.) disporre la revoca degli atti di gara dopo otto mesi dall'indizione del bando, invocando specifici precedenti anche di questa Sezione concernenti fattispecie analoghe. Chiede pertanto il risarcimento del danno emergente pari alle spese sostenute per l'acquisizione, con contratti di leasing, degli automezzi necessari per l'espletamento del servizio, oltre che per la polizza fideiussoria richiesta per la partecipazione alla gara e per il contributo versato all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.

In estremo subordine, la ricorrente avanza altresì domanda di condanna al pagamento dell'indennità prevista dall'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990 per l'ipotesi in cui il comportamento dell'Amministrazione non venisse qualificato in termini di illiceità per contrasto con gli artt. 1337-38 c.c.

Si costituiva l'ASL BA, limitandosi a chiedere il rigetto nel merito del gravame.

Con documentazione prodotta in giudizio il 6 giugno 2012, la difesa della ricorrente allega, quanto al danno emergente, copia dei contratti di locazione finanziaria per la disponibilità di veicoli preordinati allo svolgimento del servizio per cui è causa. Con motivi aggiunti, la ricorrente estende l'impugnativa alla deliberazione D.G. n. 827 del 7.05.2012 con cui la ASL BA ha stabilito di indire avviso pubblico per la costituzione di elenchi accreditati anche nei distretti socio sanitari nn. 4, 5, 12, 13 e 14, deducendo vizi in via derivata rispetto agli atti impugnati con il ricorso introduttivo, unitamente alle seguenti censure in via autonoma, così riassumibili:

V. violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della legge regionale Puglia n.9/91, dei principi generali dell'evidenza pubblica, dell'art. 27 del D.lgs. 163/2006, eccesso di potere per irragionevolezza, contraddittorietà e violazione dei principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa: la decisione di "surrogare" la revocata gara di appalto con la costituzione di un albo di operatori economici disponibili ad effettuare il servizio di che trattasi, sarebbe intrinsecamente viziata, poiché in contrasto con i principi di evidenza pubblica e di tutela della concorrenza sanciti dall'ordinamento nazionale e comunitario: infatti, non verrebbe garantita alcuna procedura comparativa per l'individuazione dell'operatore prescelto, lasciata all'arbitrio del singolo utente; d'altronde, palesemente errato sarebbe il presupposto di diritto richiamato dall'ASL circa la mancata applicazione della normativa comunitaria ai servizi contemplati nell'allegato II B del Codice contratti pubblici, secondo la pacifica interpretazione della giurisprudenza quanto all'art 27 del medesimo Codice in tema di "contratti esclusi"; l'art. 1 della L.R. 9/91 non disciplinerebbe alcun meccanismo di accreditamento volto alla selezione degli operatori cui consentire la gestione del servizio.

Alla camera di consiglio del giorno 27 giugno 2012, su accordo delle parti, l'istanza cautelare è stata "abbinata al merito" fissato per l'udienza pubblica del medesimo giorno.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 27 giugno 2012, nella quale la causa è passata in decisione.

2. La domanda di annullamento è infondata e va respinta.

2.1. Con il ricorso in epigrafe, come integrato da motivi aggiunti, la Cilifrese Vincenzo Servizi s.r.l. contesta la legittimità della revoca da parte dell'ASL BA dell'intera procedura di gara, suddivisa in sei lotti, limitatamente al lotto n. 2, per il quale la ricorrente ha presentato l'unica offerta valida, unitamente alla legittimità della coeva deliberazione finalizzata alla costituzione di un elenco di operatori economici, disponibili ad eseguire il servizio secondo tariffe e

condizioni prestabilite dalla stessa ASL.

Per ragioni di economia processuale è opportuno esaminare unitariamente le censure di cui al ricorso introduttivo e ai motivi aggiunti.

2.2. Preliminarmente, deve ritenersi corretta la prospettazione della ricorrente in merito all'asserito perfezionamento, relativamente al lotto n.2, dell'aggiudicazione provvisoria, diversamente da quanto apprezzato dall'Amministrazione in sede di ritiro degli atti di gara. Infatti, la pur mancata adozione di un formale provvedimento di aggiudicazione provvisoria (art. 12 c. 1 Codice contratti pubblici) non assume decisivo rilievo, potendo ad esso dirsi equipollente l'attività della commissione giudicatrice di esame della validità delle offerte pervenute, all'esito delle verifiche di rito e di selezione delle medesime (T.A.R. Molise 28 gennaio 2010, n.111) come risultante dai verbali n. 3 del 3 ottobre 2011 e n.5 del 10 ottobre 2011.

Infatti, il richiamato art. 12 comma 1, a differenza dell'aggiudicazione definitiva, contempla una specifica fattispecie di silenzio con valore legale tipico di assenso, che si perfeziona nel termine di 30 giorni dall'intervenuta selezione della miglior offerta da parte della commissione giudicatrice (T.A.R. Umbria 16 giugno 2011, n.172; Consiglio di Stato sez. IV, 26 marzo 2012, n. 1766; T.A.R. Sicilia Palermo sez I, 7 settembre 2011, n.1603) coerentemente, d'altronde, con il generale principio di celerità e concentrazione delle operazioni di gara.

Quindi, una volta ammessa la formazione tacita, non vi sono ostacoli per ritenere che nella fattispecie l'aggiudicazione provvisoria si è perfezionata una volta conclusosi il segmento procedimentale di verifica della validità della documentazione di gara e di selezione della miglior offerta, attività che rappresentano il "proprium" dell'aggiudicazione provvisoria stessa.

La ricorrente pertanto al momento dell'impugnata revoca rivestiva comunque la posizione non di semplice concorrente ma di aggiudicataria, seppur in via provvisoria, circostanza rilevante anche al fine dell'esame della connessa domanda risarcitoria, anche se non sufficiente a determinare l'illegittimità dell'impugnata revoca.

2.3. Ciò premesso, deve evidenziarsi come il parametro per valutare la legittimità dell'impugnata deliberazione 2409/2011 non può individuarsi nella disciplina in tema di autotutela con funzione di riesame di cui all'art. 21-quinquies legge 7 agosto 1990 n.241, concernente il potere di revoca in senso tecnico.

Impregiudicata la riconducibilità all'art. 81 c. 3 Codice contratti pubblici, o a funzione di controllo/approvazione (T.A.R. Marche 12 aprile 2005, n. 297) o, ancora, ad autotutela in senso ampio (ex multis T.A.R. Campania Napoli sez VIII 3 maggio 2010, n. 2263), la decisione della stazione appaltante di procedere alla "revoca" dell'aggiudicazione provvisoria e di non dar corso definitivo alla gara svolta, in presenza di ragioni di pubblico interesse, non è comunque attività di secondo grado, diversamente dal ritiro dell'aggiudicazione definitiva. Nei confronti di tale manifestazione volitiva, l'aggiudicatario provvisorio vanta un'aspettativa "non qualificata o di mero fatto" (Consiglio di Stato sez. V 18 luglio 2012, n. 4189; id. sez. V 20 aprile 2012, n. 2338; T.A.R. Campania - Napoli sez. VIII 3 maggio 2010, n.2263; T.A.R. Toscana sez. I 21 settembre 2011, n. 1407) alla conclusione del procedimento.

La giurisprudenza si è dunque decisamente consolidata nell'escludere che la non conferma o "revoca" dell'aggiudicazione provvisoria, in sede di aggiudicazione definitiva, possa assurgere ad attività di secondo grado, rientrando essa comunque "nell'unico procedimento di gara e nella medesima sequenza procedimentale" (ex multis Consiglio di Stato sez. III, 11 luglio 2012, n. 4116; id. sez. V 20 aprile 2012, n. 2338; id. sez. V 24 marzo 2006, n. 1525; id. sez. VI 26 aprile 2005, n.1885; T.A.R. Toscana sez. I 21 settembre 2011, n. 1407; T.A.R.

Puglia Bari sez I 24 ottobre 2006, n.3790; T.A.R. Marche 12 aprile 2005, n.297; T.A.R. Lombardia sez III 19 aprile 2007, n.1874).

Nella fattispecie risultano pertanto prive di pregio tutte le censure di parte ricorrente presupponenti l'applicazione e la violazione delle regole proprie delle procedure di autotutela, non essendo imposta né la comunicazione di avvio del procedimento (Consiglio di Stato sez. V 18 luglio 2012 n. 4189; id. sez. III 11 luglio 2012, n. 4116; id. sez. V 24 marzo 2006, n. 1525; id. sez. VI 26 aprile 2005, n.1885; T.A.R. Puglia Bari sez I 24 ottobre 2006, n.3790) né la ponderazione dell'interesse pubblico al non perfezionamento dell'aggiudicazione con l'interesse antagonista dell'aggiudicatario in via provvisoria (Consiglio di Stato sez. V 20 aprile 2012, n. 2338) essendo invero sufficiente la sussistenza di effettive ragioni di pubblico interesse e/o di convenienza.

2.4. Prendendo le mosse da tali considerazioni, la deliberazione impugnata si fonda su di una pluralità di ragioni fattuali e giuridiche, quale tipico provvedimento "a motivazione plurima", non potendo essere annullata qualora anche uno solo dei motivi fornisca autonomamente la legittima e congrua giustificazione della determinazione adottata (ex multis T.A.R. Toscana sez. II 13 ottobre 2010, n. 6457; Consiglio di Stato sez. V 10 marzo 2009, n. 1383; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 11 febbraio 2010, n. 101).

Ritiene il Collegio che le ragioni giustificative poste a fondamento della decisione di non aggiudicare la gara relativamente al lotto n.2 siano rispondenti a obiettive ragioni di interesse pubblico, frutto di valutazioni ampiamente discrezionali, non viziate da irragionevolezza, illogicità, irrazionalità o macroscopico travisamento dei fatti, tali da consentirne il sindacato giurisdizionale di legittimità (così da ultimo Consiglio di Stato sez. V 18 luglio 2012, n. 4189).

2.5. Infatti, la stazione appaltante, riscontrato che ben quattro lotti sui sei complessivi di cui al pubblico incanto indetto erano andati deserti, ha ritenuto anziché procedere all'aggiudicazione definitiva della gara in riferimento ai lotti nn. 2 e 6, tra cui quello per il quale la ricorrente ha presentato offerta valida, di ritirare l'intera gara, preferendo garantire l'omogeneità del trattamento dell'utenza, quanto alle condizioni economiche e tecniche, in relazione a tutti i distretti socio sanitari interessati.

Non ritiene sul punto il Collegio di poter apprezzare positivamente, sotto questo profilo, le censure inerenti l'esercizio della suddetta opzione, giacché la possibile scelta di procedere al perfezionamento della gara per i soli lotti non andati deserti, pur di per sé sicuramente legittima - stante la stessa autonomia dei lotti suscettibili di separate aggiudicazioni (Consiglio di Stato sez. V 20 maggio 2002, n.2716) - non era di per sé obbligata, come d'altronde risultava ben chiaro ai concorrenti secondo la stessa *lex specialis* laddove era esplicitata la riserva "di non procedere all'aggiudicazione anche di singoli lotti".

E ciò risultava possibile pur in mancanza di analisi comparative tra la stima dei costi di gestione del servizio all'esito della gara d'appalto, relativamente ai due lotti non andati deserti, e quella della nuova forma di erogazione del servizio prescelta.

Inoltre, è incontrovertibile come il pubblico incanto indetto - sia in riferimento all'intera gara che al solo lotto per il quale la ricorrente ha concorso - non abbia registrato una sensibile partecipazione da parte degli operatori interessati, circostanza che rende di per sé conveniente e comunque non irragionevole la decisione di non procedere all'aggiudicazione definitiva (ex multis Consiglio di Stato sez. IV, 26 maggio 2003, n.2823) nella possibile prospettiva di un maggior confronto concorrenziale.

2.6. Quanto infine alla volontà, parimenti a supporto motivazionale dell'impugnata "revoca", di procedere alla costituzione di un apposito "albo di operatori economici" disponibili ad

effettuare il servizio in esame, la censura di violazione degli art 27 Codice contratti pubblici sarebbe di per sé pienamente fondata ove si qualificasse - come fatto erroneamente dall'ASL - il servizio in esame come "appalto escluso" ai sensi dell'allegato II B del suddetto Codice, giacché ne discenderebbe de plano la violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, pacificamente applicabili (ex multis Consiglio di Stato sez. V 21 ottobre 2003, n.6521; T.A.R. Lombardia Milano sez I, 15 ottobre 2009, n.4801).

Tale auto-qualificazione dell'oggetto della gara operata nella deliberazione impugnata - al di là del postumo tentativo di integrazione irrualmente effettuato dal Direttore Area Gestione Patrimonio, depositato in giudizio il 26 giugno 2012 - non è vincolante per il giudice (ex multis T.A.R. Campania Napoli sez I, 3 maggio 2012 n. 2014; id. sez I, 6 febbraio 2006, n.1623) poiché il servizio per cui è causa, avuto riguardo alle caratteristiche oggettive della prestazione dedotta nel contratto da stipulare all'esito dell'evidenza pubblica, è sostanzialmente riconducibile ad una forma di liberalizzazione, recentemente consentita ed anzi incentivata dall'ordinamento nazionale e non lesiva dei principi comunitari di tutela della concorrenza.

L'articolo 25, comma 1, lett. b), num. 1) del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni con legge 24 marzo 2012, n.27, ha statuito che "Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, dopo aver individuato i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito "servizi pubblici locali", liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità".

Trattasi di norma che prescrive l'obbligo per l'ente pubblico di effettuare "a monte" una valutazione sulla presenza o meno delle condizioni per la liberalizzazione di un servizio, di cui ha preventivamente determinato i contenuti degli obblighi di servizio pubblico, scegliendo se optare per l'attuazione di una concorrenza "nel mercato" o "per il mercato" (vedi parere A.G.C.O.M. del 4 aprile 2012), vale a dire se attribuire un servizio pubblico in esclusiva ad un solo operatore (indifferentemente scelto in esito a gara pubblica o a società mista o mediante house providing) oppure consentire a più operatori economici di concorrere nella gestione del servizio nel medesimo ambito territoriale.

Tale modello concorrenziale "per il mercato", se non certo imposto, è decisamente preferito dal legislatore, laddove il comma 2 del citato D.L. stabilisce che "All'esito della verifica di cui al comma 1 l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenza, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio. Con la stessa delibera gli enti locali valutano l'opportunità di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa"

Viene pertanto introdotta, analogamente alla disciplina in vigore in altri Stati membri dell'Unione europea e negli ordinamenti anglossassoni, una tendenziale e generale forma di liberalizzazione dei servizi pubblici locali - in aggiunta ad altre liberalizzazioni già introdotte con norme di settore - dovendo gli enti locali, al fine di procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, approvare una deliberazione quadro soggetta al parere obbligatorio dell'A.G.C.O.M.

Pur non essendo la suesposta normativa invero applicabile *ratione temporis* alla deliberazione 2409/2011 di revoca impugnata (essendo il D.L. 1/2012 entrato in vigore il 24 gennaio 2012) ritiene il Collegio che, in linea di principio, forme di liberalizzazione di un servizio pubblico, quale è quello in questione, possano essere introdotte in sostituzione di forme di gestione in esclusiva, se rispondenti all'interesse pubblico della collettività locale, non ravvisandosi in tale modello di concorrenza "per il mercato" alcuna violazione dei principi comunitari di tutela della concorrenza (T.A.R. Lazio - Roma sez. II, 7 giugno 2010, n.15934 a proposito del servizio di trasporto pubblico locale). Anzi, il passaggio da un sistema sostanzialmente concessorio, quale quello preordinato all'individuazione di un unico operatore economico incaricato di erogare il servizio di cui all'art. 4 L. 148/2011 (dichiarato costituzionalmente illegittimo per contrasto con l'art. 75 Cost. con sentenza 20 luglio 2012 n. 199 della Corte Costituzionale), ad un regime autorizzatorio (con caratteristiche omologhe a quelle di cui alla direttiva "servizi" 2006/123/CE) con tariffe regolate ed aperto alla "sovrapposizione" di più operatori nello stesso mercato, non pare certo lesivo delle regole comunitarie sulla tutela della concorrenza, essendo semmai vero il contrario.

Nel caso di specie, il servizio di trasporto dei pazienti dializzati nei distretti sanitari dell'ASL BA, per come organizzato (deliberazioni DG 2200/2011 e 827/2012) presenta i tratti distintivi del servizio pubblico locale (art. 112 T.u.e.l.) essendo diretto in modo indifferenziato nei confronti dell'utenza (tutti i pazienti dializzati che intendono usufruire del servizio di trasporto) in regime di doverosità e con trasferimento del rischio di gestione in capo al gestore.

Il sistema prestabilito si basa sulla scelta da parte dei pazienti dializzati di un operatore economico tra quelli "accreditati" con anticipazione dei costi da parte degli utenti, secondo le tariffe imposte dall'ASL, e successivo rimborso da parte dell'azienda sanitaria, secondo le disposizioni di cui all'art. 1 c. 2 L.R. 9/1991 e s.m.

Quanto all'elemento del trasferimento del rischio di gestione, come noto qualificante il servizio pubblico (T.A.R. Puglia Bari sez. I 4 aprile 2012 n. 665; T.A.R. Campania Napoli sez. I 3 maggio 2012, n. 2014; C.G.U.E. 18 luglio 2007 C - 382/05; Consiglio di Stato sez. V 10 marzo 2003, n. 1289) la Corte di Giustizia dell'Unione Europea anche di recente, ha chiarito che "il rischio di gestione economica, che caratterizza la concessione di servizi, deve essere inteso come esposizione dell'impresa all'alea del mercato, che può tradursi, tra l'altro, anche nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori" (Corte giustizia CE, sez. III, 10 marzo 2011, n. 274). Infatti, "quando la remunerazione dell'operatore economico selezionato è integralmente garantita da soggetti diversi dall'amministrazione aggiudicatrice che ha attribuito il contratto di prestazione di servizi di soccorso e tale operatore economico incorre in un rischio di gestione, per quanto ridotto, poiché, in particolare, l'importo dei corrispettivi d'uso dei servizi in questione dipende dall'esito delle trattative annuali con soggetti terzi e non gli è garantita una copertura integrale dei costi sostenuti nell'ambito di una gestione delle sue attività conforme ai principi sanciti dal diritto nazionale, tale contratto deve essere qualificato come contratto di "concessione di servizi", ai sensi dell'art. 1 n. 4, della direttiva 2004/18" (ancora C.G.U.E. n. 274/2011).

Per tanto, il servizio predisposto dall'ASL BA, erogato da operatori economici in possesso dei requisiti minimi per l'iscrizione all'istituto albo, si caratterizza, diversamente dalla generalità delle attività economiche soggette ad autorizzazione amministrativa, oltre che per la regolazione puntuale delle tariffe, per il pieno trasferimento del rischio di gestione ai privati, che non possono *ex ante* preventivare la remuneratività dei costi, oltre che per la doverosità e continuità.

L'integrale pagamento del corrispettivo del servizio da parte dell'ASL, sia pure nella forma indiretta del rimborso all'utenza, non vale ad escludere il rischio di gestione, poiché gli operatori accreditati sopportano l'alea consistente nello stesso rischio di concorrenza da parte di altri operatori, che si traduce nel rischio di essere "emarginati" dal mercato.

2.7. Così delineati i tratti caratterizzanti del servizio pubblico locale, la decisione dell'Amministrazione di relativa istituzione non è di per sé in contrasto con i principi dell'ordinamento nazionale e comunitario, né presenta profili di irragionevolezza, illogicità o travisamento sindacabili in sede di giurisdizione generale di legittimità.

3. Conclusivamente, la stazione appaltante pur non dando puntuale dimostrazione della convenienza economica derivante dall'opzione per il passaggio alla forma di gestione del servizio di trasporto, ha comunque adeguatamente motivato le ragioni giustificative sulla cui base si è determinata a non aggiudicare la gara e lo ha fatto nella stessa deliberazione 2409/11 impugnata, senza con ciò ledere alcun affidamento in capo all'odierna ricorrente, non titolare di affidamento qualificato in ordine alla conclusione del contratto, bensì di una mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento.

4. Per i suesposti motivi, l'azione demolitoria di cui al ricorso principale e di cui ai motivi aggiunti è nel complesso infondata e va respinta.

5. Quanto alla domanda subordinata di condanna al risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale, il Collegio la ritiene fondata.

5.1. Come noto, la giurisprudenza, in riferimento all'annullamento o revoca d'ufficio di provvedimenti di aggiudicazione di contratti pubblici, ha da tempo affermato, indipendentemente dalla legittimità dell'esercizio del potere di autotutela esercitato e quindi dall'accoglimento del petitum di annullamento, il riconoscimento di una tutela esclusivamente sul piano risarcitorio per violazione degli artt 1337-1338 c.c., ove vi sia stata lesione dell'affidamento incolpevole in merito alla conclusione del procedimento e/o alla legittimità dell'azione amministrativa (ex plurimis T.A.R. Campania Napoli sez I 26 agosto 2003 n.11259; id. sez I 30 marzo 2005 n. 2744; T.A.R. Lazio Roma sez Ibis 7 luglio 2003 n. 5991; id. sez III 13 luglio 2007 n. 6369; Consiglio di Stato sez IV 19 marzo 2003 n.1457; id. Adunanza Plenaria 5 settembre 2005 n.6; id. sez V 14 gennaio 2009 n.122; T.A.R. Puglia Bari sez I, 19 ottobre 2011, n.1522).

Quindi, indipendentemente dal profilo della legittimità dell'attività di autotutela, deve riconoscersi non diversamente dal diritto comune, la possibile responsabilità della stazione appaltante per violazione del generale obbligo di buona fede nelle trattative che conducono alla conclusione del contratto di appalto, id est per "scorretta" gestione delle operazioni di gara.

Secondo tale oramai consolidato orientamento, il danno risarcibile va circoscritto nei limiti dell'interesse negativo, contrapposto all'interesse all'adempimento, rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto (danno emergente) sia dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione di contratti vantaggiosi (lucro cessante).

La responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione per scorretta gestione del procedimento di gara, secondo il suesposto orientamento, presuppone la lesione in capo al concorrente di una posizione di affidamento incolpevole in merito all'aggiudicazione del contratto o, quantomeno, in merito alla conclusione della gara; la posizione dell'aggiudicatario provvisorio - rivestita come visto dalla ricorrente - pur del tutto precaria ed instabile sino all'emanazione dell'aggiudicazione definitiva, può essere configurata quale meritevole di

tutela ai sensi dell'art. 2043 c.c., per concretare l'elemento dell'ingiustizia del danno, essenziale in chiave di configurabilità della responsabilità risarcitoria. L'aggiudicatario provvisorio, pur non essendo titolare di aspettativa qualificata all'aggiudicazione definitiva ed al perfezionamento del contratto, vanta comunque un'aspettativa tutelata alla conclusione del procedimento di gara, secondo i principi di concentrazione e speditezza propri dell'evidenza pubblica (T.A.R. Puglia Bari sez I, 19 ottobre 2011, n.1552).

5.2. Muovendo da tale considerazione, il solo ritardo dell'Amministrazione, di per sé illecito, è suscettibile di arrecare "danno ingiusto" al concorrente che confida, quantomeno, nella celere conclusione della gara.

5.3. Riconosciuta la meritevolezza dell'interesse dell'aggiudicatario provvisorio alla conclusione del procedimento, va verificata la sussistenza dell'elemento della colpa nell'operato dell'Amministrazione resistente, senz'altro indispensabile nell'ipotesi dell'accertamento della responsabilità a titolo precontrattuale ex artt.1337-38 c.c. (ex multis Cassazione sez. lav. 7 maggio 2004, n. 8723; Consiglio di Stato sez. V 6 ottobre 2010, n. 7334) quale fattispecie di responsabilità riconducibile al genus di cui all'art. 2043 c.c.

Infatti, come statuito da questa Sezione (sentenza 19 ottobre 2011, n.1552) il principio della responsabilità oggettiva della stazione appaltante in ipotesi di violazione della direttiva 89/665/CE (così Corte Giust. CE, sent. 30 settembre 2010, C-314/09, Stadt Graz; in termini analoghi, cfr. già Corte Giust. CE, sent. 14 ottobre 2004, C-275/03, Commissione c. Portogallo) deve circoscriversi per il solo ambito indicato dal giudice comunitario, senza possibilità di effetto espansivo ad ogni fenomeno di condotta illecita posta dall'Amministrazione. Nell'ipotesi di violazione del dovere di correttezza e lealtà nelle trattative contrattuali non vi è violazione della disciplina sulle procedure di aggiudicazione, bensì responsabilità dell'Amministrazione secondo il diritto comune (artt. 1337-38 c.c.) la quale si fonda tutt'ora sulla regola generale della colpa - sub specie di responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c. - laddove i pur numerosi casi di responsabilità oggettiva costituiscono l'eccezione e debbono essere previsti dalla legge (vedi per es. artt. 2049, 2050 e 2051 c.c.)

Ciò detto, ritiene il Collegio che il comportamento dell'Azienda, nella fattispecie, possa connotarsi in termini di violazione dei canoni di correttezza e lealtà. Innanzitutto, va evidenziata l'ampiezza del tempo impiegato dall'ASL per giungere al ritiro degli atti di gara, giacché dalla data di indizione del pubblico incanto (9 maggio 2011) risultano trascorsi sette mesi, essendo senz'altro esigibile la possibilità di intervenire entro un lasso temporale più contenuto. Come già statuito da questa Sezione (sent. n. 1552/2011) il decorso di un lungo lasso di tempo per l'esercizio del potere di ritiro "costituisce di per sé sintomo di negligenza e cattiva amministrazione poiché le gare per l'affidamento dei servizi pubblici debbono svolgersi celermente, nel rispetto dei principi di concentrazione e speditezza delle procedure di evidenza pubblica, e ciò anche al fine di scongiurare le sopravvenienze legate al passare del tempo, che spesso fanno sì che le condizioni tecnico-economiche fissate nei bandi e capitolati di gara non rispondano più alle effettive esigenze dall'Amministrazione aggiudicatrice".

Inoltre, al di là del tempo impiegato per giungere alla decisione di non procedere all'aggiudicazione, l'Azienda sanitaria non ha comunque effettuato alcuna analisi comparativa tra la stima dei costi di gestione del servizio all'esito della gara d'appalto ed in particolare dell'importo offerto dalla ricorrente, e la nuova forma di erogazione del servizio pubblico di cui all'istituto albo per gli operatori economici, si da lasciare del tutto indefinita, sotto il profilo economico, la concreta convenienza o meno di non aggiudicare l'appalto alla ricorrente. Tale mancanza, se insufficiente sul piano della tutela demolitoria, sorreggendosi l'impugnata

revoca su plurimi motivi, deve essere apprezzata quanto all'elemento della colpa in contraendo in merito alla domanda risarcitoria.

5.4. Va pertanto affermata la colpa dell'ASL BA con conseguente fondatezza, anche sotto questo profilo, della domanda risarcitoria.

5.5. Quanto alla quantificazione del danno risarcibile, la ricorrente deposita in giudizio copie dei contratti di locazione finanziaria di diversi veicoli, da utilizzare per l'espletamento del servizio in esame, perfezionatisi tra il 28 ottobre 2011 e il 22 febbraio 2012, quindi dopo l'intervenuta tacita aggiudicazione provvisoria ma in buona parte successivamente al ritiro degli atti di gara (23 dicembre 2011). Possono essere pertanto considerate solo le spese effettuate prima della disposta revoca, ovvero i contratti di leasing del 18 e del 20 ottobre 2011 (n. 14075802 e n. 14075824) e del 22 novembre 2011 (14074841) per un importo totale di 128.000,00 euro pari al complessivo valore della locazione finanziaria.

Gli atti del pubblico incanto richiedevano determinati requisiti tecnici per gli automezzi da impiegare nel servizio; in particolare, il Disciplinare di gara (punto 5.3) impone l'utilizzo esclusivamente di "ambulanze di tipo B, autovetture, pulmini forniti di impianto di climatizzazione, attrezzati per portatori di handicap e per l'accompagnamento di massimo n.9 persone a sedere ed uno o due posti per carrozzella, provvisti di dispositivi per il caricamento delle stesse". L'art. 7 del capitolato speciale d'appalto, prescrive, per le autoambulanze, la dotazione di allestimento in conformità alle prescrizioni di cui alla L.R. Puglia n. 27/93.

La ricorrente non allega prove né elementi indiziari idonei a dimostrare la conformità tecnica degli automezzi acquistati rispetto alle tassative prescrizioni della lex specialis; tale circostanza, se non vale ad escludere in radice la sussistenza del danno risarcibile, ne determina ai sensi degli artt. 1226, 1227 e 2043 c.c. una sensibile riduzione.

Sempre ai fini della determinazione del quantum del danno emergente, vanno poi tenuti in considerazione i seguenti ulteriori elementi. E' ragionevolmente presumibile che la ricorrente potrà utilizzare comunque i veicoli acquisiti in leasing per l'espletamento di altri servizi, così come cederli in uso ad altri soggetti; sul punto, la ricorrente non fornisce poi la prova circa il nesso eziologico tra condotta illecita e danno lamentato, non dimostrando la strumentalità degli automezzi acquistati all'espletamento del servizio di che trattasi, pur potendosi tale circostanza presumere ex art. 2769 c.c. sulla base del periodo temporale di acquisto (per i soli contratti perfezionati prima della revoca degli atti di gara). Deve poi tenersi conto della stessa "debolezza" dell'aspettativa dell'aggiudicatario provvisorio, così come del concorso di colpa (art. 1227 c. 1 c.c.) alla causazione del danno, potendo egli attendere l'aggiudicazione definitiva prima di procedere all'effettuazione delle suddette spese.

Va altresì considerata la stessa chance dell'istante di poter eventualmente concorrere all'avviso pubblico approvato con deliberazione 827/2012 ai fini dell'accreditamento per l'erogazione del servizio pubblico, circostanza idonea a concorrere alla riduzione del danno, pur nell'assunzione del rischio di gestione, non avendo la ricorrente dedotto alcuna impossibilità oggettiva di partecipazione.

In considerazione di tutti i suesposti elementi, l'importo del danno risarcibile può equitativamente determinarsi, ex art. 1226 c.c., in misura di 5.120,00 euro, pari al 4 % della spesa documentata di acquisto degli automezzi (128.000,00 euro).

Parimenti risarcibili sono le documentate spese (cauzione provvisoria rilasciata da Hill Insurance Company LTD per un importo di 210 euro e contributo all'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici per un importo di 140 euro) per un totale di 350 euro. 5.6. Conclusivamente il risarcimento complessivamente dovuto dall'Amministrazione resistente ammonta pertanto a

5.470,00 (cinquemilaquattrocentosettanta//00) euro. Su detta somma compete la rivalutazione monetaria secondo gli indici ISTAT, trattandosi di debito di valore, con decorrenza dal 23 dicembre 2011 (data della revoca della gara) fino alla data di deposito della presente decisione; sulla somma così rivalutata si computeranno gli interessi legali calcolati esclusivamente dalla data di deposito della presente decisione fino all'effettivo soddisfo (cfr. in questo senso Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144).

5.7. Deve infine conseguentemente respingersi la domanda di condanna dell'Amministrazione alla corresponsione dell'indennizzo di cui all'art. 21-quinquies legge 241/90 in ipotesi di revoca legittima degli atti "ad efficacia durevole", in quanto espressamente subordinata al mancato accoglimento della domanda risarcitoria; per altro, la tutela indennitaria in questione è nella fattispecie inconfigurabile, poiché l'aggiudicazione provvisoria, con le sue caratteristiche di provvisorietà ed instabilità, non può rientrare nella categoria degli "atti ad efficacia durevole", caratteristica questa da riconoscere solo all'aggiudicazione definitiva (in questi esatti termini Consiglio di Stato sez. III 11 luglio 2012, n. 4116; id. sez. V 5 aprile 2012, n. 2007).

5.8. Conclusivamente, va pertanto respinta la domanda, ulteriormente subordinata, di corresponsione dell'indennizzo in questione.

6. Per tutti i suesposti motivi la domanda di annullamento di cui al ricorso introduttivo ed ai motivi aggiunti è infondata e va respinta; la domanda risarcitoria è accolta nella misura sopra descritta.

Le spese di lite vanno poste a carico dell'ASL BA, in misura di cui al dispositivo, tenuto conto, per la quantificazione, della reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, come in epigrafe proposto, ed i motivi aggiunti:

- respinge la domanda di annullamento;
- accoglie la domanda risarcitoria e per l'effetto, condanna l'ASL BA al risarcimento del danno in favore della ricorrente, nella misura di 5.470,00 (cinquemilaquattrocentosettanta//00) euro oltre rivalutazione ed interessi legali, come da motivazione.

Condanna l'ASL Bari al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente, quantificate in complessivi 3.000,00 euro, oltre accessori di legge.

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

## **BREVI ANNOTAZIONI**

## **L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA**

La pronuncia in esame offre diversi spunti di riflessione, sotto il profilo procedimentale, con riferimento alla forma espressa o tacita, con cui può essere esternato il provvedimento di

aggiudicazione provvisoria ed alla natura del “potere di ritiro” del provvedimento provvisorio di aggiudicazione; sotto il profilo della tutela, con riferimento al riconoscimento in capo al ricorrente provvisorio aggiudicatario di una posizione di aspettativa qualificata (*rectius* di legittimo affidamento) ingenerata dall’Amministrazione; infine sotto il profilo della natura giuridica della responsabilità precontrattuale.

## IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

I giudici pugliesi con un articolato iter argomentativo, partendo dall’art.12 comma 1, codice contratti pubblici, affermano che in mancanza dell’adozione di un provvedimento espresso di aggiudicazione provvisoria, al completamento del segmento procedimentale di esame della validità della documentazione di gara e di selezione del miglior offerente, viene a formarsi un provvedimento tacito di aggiudicazione. Questo tacito provvedimento è parte dell’iter procedimentale di aggiudicazione della gara che potrà essere “revocata” dall’amministrazione con un provvedimento di “ritiro”che, secondo il Collegio, non è un atto di secondo grado (un atto di revoca ex art.21-quinques L.241/90), ma è espressione del medesimo potere esercitato nella procedura di affidamento per la cura del medesimo interesse pubblico.

Nella ricostruzione dei giudici pugliesi il provvedimento tacito di aggiudicazione attribuisce all’aggiudicatario provvisorio una posizione qualificata e differenziata rispetto agli altri concorrenti, che sul piano processuale lo legittima all’iniziativa giurisdizionale, ma non a “pretendere” la conclusione dell’iter procedimentale e l’aggiudicazione definitiva, in presenza di un interesse pubblico di senso diverso. Secondo il Collegio, infatti, rispetto alla pretesa ad ottenere l’aggiudicazione definitiva la posizione dell’aggiudicatario provvisorio è quella di una “*aspettativa non qualificata o di mero fatto*”, non giustiziabile attraverso un provvedimento demolitorio, ma solo attraverso la tutela risarcitoria sul piano della responsabilità precontrattuale, dove tale posizione è configurabile nei termini di “*aspettativa qualificata all’aggiudicazione definitiva ed al perfezionamento del contratto*”.

Sul piano risarcitorio, poi, giustificano la tutela, non come violazione della disciplina sulle procedure di aggiudicazione, ma come ipotesi di violazione del dovere di correttezza e lealtà nelle trattative contrattuali, alla quale consegue una responsabilità per colpa dell’Amministrazione secondo il diritto comune (artt. 1337-1338 c.c.), sub specie di responsabilità aquiliana di cui all’art. 2043 c.c.

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sentenza in esame, oltre che per i profili già descritti, si segnala per aver preso posizione sulla natura aquiliana della responsabilità precontrattuale secondo i canoni all’art. 2043 c.c., laddove i casi di responsabilità oggettiva costituiscono l’eccezione e debbono essere previsti dalla legge.

La medesima pronuncia, tuttavia presenta profili di contraddittorietà con riferimento alla qualifica della posizione giuridica soggettiva del concorrente, provvisorio aggiudicatario della gara, laddove il Collegio, prima e con riferimento alla invocata demolitoria del provvedimento di revoca (*rectius*:ritiro), qualifica tale posizione come “*aspettativa non qualificata o di mero fatto*”, mentre, in seguito, con riferimento alla tutela risarcitoria qualifica quella stessa posizione “*come aspettativa qualificata all’aggiudicazione definitiva ed al perfezionamento del contratto*”.

Infatti, di fronte alla procedura di affidamento, la posizione giuridica soggettiva del concorrente, è semmai quella di affidamento legittimo sulla conclusione della procedura e tale posizione, in caso aggiudicazione provvisoria diviene ancora più qualificata, sebbene rispetto al potere esercitato dall’amministrazione nella procedura accanto a tale posizione soggettiva sorga anche una posizione di interesse legittimo, posizioni entrambe lese dal provvedimento di “ritiro”.

Sicché, mentre nella comparazione degli interessi (pubblico e privato) coinvolti la posizione di interesse legittimo del concorrente è recessiva e sul piano della tutela demolitoria l’azione del concorrente non potrà trovare accoglimento se non viziata irragionevolezza, illogicità, irrazionalità o macroscopico travisamento dei fatti; invece sul piano della tutela risarcitoria l’atto di “ritiro” dell’amministrazione, intervenuto a procedura di affidamento già in stato avanzato, sarà qualificabile come un “*venire contra factum proprium*” lesivo del legittimo affidamento del privato, giustiziabile sotto il profilo della responsabilità precontrattuale con il risarcimento del danno.

E la diversa qualificazione del privato, come semplice concorrente (ove il ritiro avvenga prima dell’aggiudicazione provvisoria), come provvisorio affidatario o, addirittura affidatario (a seconda dello stato di avanzamento dell’iter procedimentale di gara), sarà rilevante sotto il profilo dell’intensità dell’affidamento e della minore o maggiore quantificazione del danno. Poiché, infatti, la tutela risarcitoria sotto il profilo della responsabilità precontrattuale, spetta anche al concorrente ingiustamente coinvolto in una procedura di gara poi revocata e non solo all’aggiudicatario provvisorio o definitivo.