

Pubblicato il 11/03/2020

N. 03142/2020 REG.PROV.COLL.

N. 12455/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12455 del 2019, proposto da Ernesto Invernizzi S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Annibali, Marco Orlando, Antonietta Favale, Matteo Valente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonietta Favale in Roma, via Virgilio Orsini 19;

contro

Azienda Ospedaliero-Universitaria Policlinico Umberto I di Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Patrizia Bececco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Euroclone S.P.A non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa concessione di misure cautelari

- *in parte qua*, della Deliberazione del Direttore Generale n. 0000809 del 30/08/2019, con cui il Policlinico Umberto I ha disposto la Revoca della R.d.O. n. 2263649 (composta da 4 lotti) pubblicata il 29/03/2019 sulla piattaforma telematica acquistinretepa – MEPA, per la fornitura annuale di Membrane per la Ricostruzione Mammaria, e di tutti gli atti pertinenti e consequenziali, limitatamente al lotto n. 4 (doc. 1 – delibera di revoca);

- dei verbali - sconosciuti negli estremi e nel contenuto – in cui è stata annotata e compiuta l'istruttoria sui prezzi e/o sulla convenienza dei ribassi offerti, limitatamente al lotto n. 4;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali ancorchè sconosciuti negli estremi e nel contenuto;

nonché

per l'accertamento dell'obbligo e per la condanna della Azienda Ospedaliera-Universitaria Policlinico Umberto I di proseguire la gara, concludendo la procedura di gara relativa al Lotto n. 4 con l'aggiudicazione definitiva in favore della odierna ricorrente.

nonché per il risarcimento del danno e/o per la corresponsione dell'indennizzo

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliero-Universitaria Policlinico Umberto I di Roma;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2020 la dott.ssa Francesca Ferrazzoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. I fatti oggetto della controversia sono i seguenti.

L'Azienda Policlinico Umberto I, con Avviso pubblicato sul MEPA il 29 marzo 2019 ha avviato una procedura volta all'acquisto di membrane per la ricostruzione mammaria composta da n. 4 lotti indivisibili, tra i quali il n. 4 che aveva ad oggetto "*Mesh in collagene derivato da derma suino non crosslinkato per la ricostruzione mammaria prepettorale pre-sagomata*" per un prezzo posto a base d'asta € 117.920,00 oltre IVA.

Alla scadenza del termine indicato nella *lex specialis*, sono pervenute le offerte per ciascuno dei lotti, salvo che per il lotto tre andato deserto.

All'esito delle operazioni di gara è risultata l'aggiudicazione provvisoria - per ciascuno dei lotti n. 1, 2 e 4 - a favore delle rispettive uniche offerte ritenute valide, per l'importo complessivo di € 188.940,00 Iva esclusa, con un ribasso percentuale, rispetto al corrispondente importo a base d'asta (di € 191.720,00 Iva esclusa), di circa 1,45%.

Per il lotto che qui interessa la Stazione appaltante ha proceduto all'aggiudicazione provvisoria in favore della Ernesto Invernizzi s.p.a che aveva presentato l'unica offerta valida ad € 117.480,00.

In considerazione del risultato ribasso, in termini assolutamente minimi rispetto alla base d'asta, Successivamente, con la Deliberazione del Direttore Generale n. 809 del 30 agosto 2019, notificata in pari data attraverso il sistema MEPA alle Ditte offerenti, l'Amministrazione ha proceduto alla revoca della richiesta di offerta, ai sensi dell'art. 21-quinques, co. 1, della Legge 241/1990 e dell'art. 95, co. 12, D.Lgs. n° 50/2016.

Avverso detta delibera, nella parte in cui ha disposto la revoca della procedura limitatamente al lotto n. 4, è insorta la Ernesto Invernizzi spa, chiedendone l'annullamento, previa sospensione degli effetti, nonché il risarcimento del danno per equivalente e/o l'indennizzo.

Ha articolato i seguenti motivi di ricorso:

- *“Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30, 68 e 95 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione degli artt. 1, 3, 7, 21-quinquies, 21-octies e 21 nonies della L. n. 241/1990 ed eccesso di potere per motivazione falsa, apparente o carente; difetto d’istruttoria; genericità; eccesso di potere per errore nei presupposti di fatto e di diritto; sviamento; ingiustizia manifesta. Violazione degli artt. 1337 e 1375 e ss. del c.c. Violazione del principio di buona fede e del legittimo affidamento. Violazione dell’art. 97 della Costituzione”*:

- *“Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30, 68 e 95 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione degli artt. 1, 3, 7, 21-quinquies, 21-octies e 21 nonies della L. n. 241/1990 ed eccesso di potere per motivazione falsa, apparente o carente; difetto d’istruttoria; genericità; eccesso di potere per errore nei presupposti di fatto e di diritto; sviamento; ingiustizia manifesta. Violazione degli artt. 1337 e 1375 e ss. del c.c. Violazione del principio di buona fede e del legittimo affidamento Violazione dell’art. 97 della Costituzione”*.

Si è costituita l’Azienda ospedaliero – universitaria Policlinico Umberto I di Roma, contestando tutto quanto *ex adverso* dedotto e concludendo per la reiezione del ricorso.

Tutte le parti in causa hanno esaurientemente esplicitato le proprie argomentazioni difensive mediante deposito di memorie.

Alla camera di consiglio del 29 ottobre la ricorrente ha rinunciato alla misura cautelare richiesta e all’udienza pubblica del 25 febbraio la causa è stata introitata per la decisione.

2. Il ricorso non può essere accolto, per le ragioni che si vengono ad illustrare.

2.1 Con i motivi di ricorso, che per comunanza delle censure possono essere esaminati congiuntamente, in sintesi, la deducente censura l’illegittimità del provvedimento impugnato, atteso che il ribasso dello 0,4% dalla medesima praticato per il lotto n. 4 avrebbe dovuto essere giudicato congruo, in considerazione dei prezzi di mercato e del fatto che la base d’asta fosse riferita al prezzo attuale che il

Policlinico paga per l'acquisto della membrana (fornita dalla stessa società Ernesto Invernizzi spa).

Asserisce che la fissazione delle specifiche tecniche non avrebbe creato le condizioni per il dispiegarsi di una procedura non ampiamente partecipata, come invece sostenuto nel provvedimento in esame.

Lamenta, altresì, che la Stazione appaltante non avrebbe potuto decidere di non procedere all'aggiudicazione né ai sensi dell'art. 95, comma 12 del d.lgs. 50/2016 - posto che la *lex specialis* di gara non ha previsto espressamente detta facoltà - né ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della L. 241 del 1990 - atteso che non ne ricorrerebbero i presupposti quali i sopravvenuti motivi di pubblico interesse, il mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento, una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

Da ultimo, censura la delibera impugnata per avere espressamente ritenuto non necessario *“comunicare ai concorrenti l'avvio del procedimento di revoca in autotutela”*.

Conclude chiedendo, oltre all'annullamento dell'atto impugnato, il risarcimento dei *“danni da mancata aggiudicazione”* ed in particolare del danno emergente e lucro cessante, del danno da perdita di chance e del danno curriculare.

2.2 Controdeduce l'Amministrazione che il potere della stazione appaltante di revocare la richiesta di offerta e quindi di non aggiudicare la gara è sempre possibile e si fonda su ragioni di pubblico interesse.

Rileva che *“l'aggiudicazione provvisoria è atto endoprocedimentale - instabile e ad effetti interinali, per la precisione - che determina una scelta non ancora definitiva del soggetto aggiudicatario. Con la conseguenza che la possibilità che ad una aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva costituisce evento del tutto fisiologico, inidoneo di per sé a ingenerare forme di affidamento tutelabili e dunque un qualsivoglia obbligo risarcitorio”*. Conseguentemente, non sarebbe applicabile al caso di specie l'art. 21 *quinquies* della L. 241 del 1990 non essendo configurabile una situazione di legittimo affidamento in capo al soggetto interessato.

Conclude per il rigetto di tutte le domande della ricorrente.

2.3. Osserva il Collegio che, secondo orientamento giurisprudenziale consolidato dal quale non si ravvisano ragioni per discostarsi, la decisione della Pubblica amministrazione di procedere alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria di una gara pubblica non è da classificare come attività di secondo grado (diversamente dal ritiro dell'aggiudicazione definitiva), atteso che, in tal caso, l'aggiudicatario provvisorio vanta solo un'aspettativa non qualificata o di mero fatto alla conclusione del procedimento: pertanto, l'assenza di una posizione di affidamento in capo all'aggiudicatario provvisorio, attenua l'onere motivazionale facente carico alla Pubblica amministrazione, anche con riferimento alla indicazione dell'interesse pubblico giustificativo dell'atto di ritiro (*ex plurimis*: C. di St. n. 5597/2019; T.A.R. Palermo n. 1329/2019).

E' stato inoltre precisato che è esclusa la necessità della comunicazione di avvio del procedimento per la revoca degli atti antecedenti all'aggiudicazione definitiva, ed in particolare per la revoca di quella provvisoria (ora proposta di aggiudicazione), trattandosi di atto endoprocedimentale che si inserisce nell'ambito del procedimento di scelta del contraente come momento necessario, ma non decisivo; solamente l'aggiudicazione definitiva attribuisce, infatti, in modo stabile il bene della vita ed è pertanto idonea ad ingenerare un affidamento in capo all'aggiudicatario, sì da imporre l'instaurazione del contraddittorio procedimentale (in tal senso: C. di St. n. 4461/2019; C. di St. n. 5834/2018; T.A.R. Catanzaro n. 419/2019).

Ancora, deve essere rilevato che la possibilità che all'aggiudicazione provvisoria della gara d'appalto pubblico non segua quella definitiva costituisce un evento fisiologico, inidoneo ad ingenerare un affidamento tutelabile all'aggiudicazione definitiva, con il conseguente obbligo risarcitorio, e non spetta neppure l'indennizzo di cui all' art. 21-*quinquies* della l. n. 241 del 1990 poiché in tale caso si è di fronte al mero ritiro di un provvedimento, che ha per sua natura efficacia destinata ad essere superata dal

provvedimento conclusivo del procedimento, non a una revoca di un atto amministrativo ad effetti durevoli, come previsto dalla citata disposizione sulla indennizzabilità della revoca (T.A.R. Bari n. 67/2019).

Sul punto, recentemente i Giudici di Palazzo Spada hanno evidenziato che “*La concorde giurisprudenza amministrativa (ex aliis Consiglio di Stato sez. III, 07/07/2017, n. 3359; Consiglio di Stato, Sez. V n. 1559 del 20.4.2016; Sez. III, 04/09/2013, n. 4433) nega, in mancanza di un’aggiudicazione definitiva, la configurabilità dell’indennizzo ex art. 21 quinquies, l. n. 241 del 1990. La natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili, tipica dell’aggiudicazione provvisoria, spiega la non tutelabilità processuale di quest’ultima ai sensi degli artt. 21-quinquies e 21-nonies della l. n. 241 del 1990 (ex multis, Cons. Stato, V, 20 agosto 2013, n. 4183): la sua revoca (ovvero, la sua mancata conferma) non è infatti qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, tale cioè da richiedere un raffronto tra l’interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario, dal momento che l’aggiudicazione provvisoria non è l’atto conclusivo del procedimento (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 09/11/2018, n. 6323)*” (C. di St. n. 5597/2019).

2.4. Orbene, dall’applicazione dei principi appena esposti espressi dalla giurisprudenza amministrativa, discende la legittimità del provvedimento impugnato.

Invero nel caso in esame, l’azienda ospedaliera Policlinico ha revocato la richiesta di offerta in una fase antecedente all’aggiudicazione definitiva, allorquando l’odierna ricorrente risultava, all’esito della procedura di selezione, solo aggiudicataria provvisoria.

Trattasi, dunque, della mancata conferma di un atto endoprocedimentale, provvisorio e ad effetti instabili, non idoneo ad ingenerare un affidamento in capo all’aggiudicatario in quanto non attribuisce in modo stabile il bene della vita.

Inserendosi nell'ambito del procedimento di scelta del contraente come momento necessario, ma non decisivo, non era necessaria la comunicazione di avvio del procedimento.

L'onere motivazionale - come visto attenuato attesa l'assenza di una posizione di affidamento in capo all'aggiudicatario provvisorio - risulta pienamente soddisfatto.

Nel provvedimento in esame, infatti, si legge testualmente: *“Atteso dunque che all’esito delle operazioni di gara è risultata l’aggiudicazione provvisoria - per ciascuno dei lotti n. 1, 2 e 4 - a favore delle rispettive uniche offerte valide, per il citato importo di € 188.940,00 Iva es., recante, rispetto al corrispondente importo a base d’asta di € 191.720,00 Iva es., un ribasso percentuale di circa l’1,45% (uno,45%), da valutarsi, così come presentato e definito, assolutamente non conveniente”*; *“considerata ... la sussistenza di fondati dubbi sull’idoneità della procedura di gara adottata, di garantire, quantomeno in astratto, la massima partecipazione e la relativa piena concorrenzialità, impone alla Pubblica Amministrazione, nel perseguimento del superiore pubblico interesse, di considerare recessivo l’interesse dei singoli potenziali aggiudicatari privati, posti, seppur involontariamente, in una ingiustificata ed ingiustificabile posizione di vantaggio nei confronti della pleora dei potenziali concorrenti, a prescindere dall’eventuale impugnazione della procedura gara o delle risultanze della stessa”*.

Osserva inoltre il Collegio che non può ritenersi necessaria - ai fini della revoca dell’aggiudicazione provvisoria - la previsione espressa nel bando di gara o nella lettera di invito della facoltà di non procedere all’aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all’oggetto del contratto di cui all’art. 94 del D.Lgs. 50/2016, atteso che la possibilità che ad una aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva costituisce evento del tutto fisiologico, inidoneo di per sé a ingenerare forme di affidamento tutelabili.

Né può trovare applicazione al caso in esame l’art. 21-*quinquies* della l. n. 241 del 1990, atteso che la delibera gravata non può essere qualificata come revoca *strictu sensu*. Essa, infatti, come visto, non ha ad oggetto un provvedimento definitivo ad

effetti durevoli, bensì un atto endoprocedimentale che ha per sua natura efficacia destinata ad essere superata dal provvedimento conclusivo del procedimento.

La mancanza di un affidamento tutelabile non permette il riconoscimento del diritto all'indennizzo di cui al predetto art. 21 *quinquies* e, tantomeno, del diritto al risarcimento del danno per mancata aggiudicazione (*ex plurimis*: C. di St. n. 5597/2019; T.A.R. Bari n. 67/2019).

3. Alla luce delle superiori considerazioni, il ricorso deve essere respinto perché infondato.

4. La natura della controversia giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, 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 25 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Paolo Marotta, Consigliere

Francesca Ferrazzoli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesca Ferrazzoli

IL PRESIDENTE
Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO

