

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 6190 del 2014, proposto da:

Azienda Ospedaliera di Caserta Sant'Anna e San Sebastiano, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Giuseppe Ceceri, con domicilio eletto presso l'Avv. Ernesto Sticchi Damiani in Roma, via Bocca di Leone, n. 78;

contro

Salvatore Cioffi, quale titolare della omonima ditta artigiana, rappresentato e difeso dall'Avv. Pasquale Marotta, con domicilio eletto presso l'Avv. Giancarlo Caracuzzo in Roma, via di Villa Pepoli, n. 4;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI: SEZIONE I n. 03094/2014, resa tra le parti, concernente la revoca in autotutela della delibera di indizione della gara pubblica per l'affidamento dell'appalto per interventi di manutenzione immobili consistenti in lavori di tinteggiatura

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio della ditta artigiana di Salvatore Cioffi;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2014 il Cons. Massimiliano Noccelli e uditi per le parti l'Avv. Ceceri e l'Avv. Laurenza su delega dell'Avv. Marotta;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Ospedaliera "Sant'Anna e San Sebastiano" di Caserta, con deliberazione n. 31 del 15.1.2013, indicava una gara, mediante procedura negoziata ai sensi dell'art. 122, comma 7, e dell'art. 57, comma 6, del d. lgs. 163/2006, per individuare l'affidatario dell'appalto relativo alle manutenzioni degli immobili consistenti in lavori di tinteggiatura e lavorazioni affini per una durata di tre anni.

2. A tale gara venivano invitate cinque ditte, tra le quali l'odierna appellata, Ditta artigiana di Cioffi Salvatore, e questa risultava, poi, provvisoriamente aggiudicataria della stessa e, contestualmente, veniva invitata, con nota prot. n. 177/UT del 18.3.2013, a produrre i documenti necessari al fine di proseguire con l'aggiudicazione definitiva.

2. Nelle more della procedura di gara in oggetto, tuttavia, l'Azienda Ospedaliera approvava il "*Regolamento di amministrazione e contabilità*", giusta deliberazione n. 237 del 14.3.2013, efficace dal 1.4.2013.

3. All'emanazione del Regolamento faceva seguito la nota prot. n. 36/DAO dell'8.4.2013, a firma del Direttore amministrativo, il quale sottolineava l'opportunità di rimeditare sulla compatibilità delle procedure di gara con quanto stabilito dal nuovo Regolamento e proponeva la revoca delle deliberazioni già adottate dall'Azienda in ordine all'espletamento della procedura negoziata.

4. Il 15.11.2013, con deliberazione n. 840, l'Azienda procedeva quindi alla revoca, in autotutela, dell'intera procedura in esame.

5. Avverso tali provvedimenti la Ditta Cioffi proponeva ricorso avanti al T.A.R. Campania, domandandone, previa sospensione l'annullamento.

6. L'interessata proponeva quattro motivi di ricorso:

a) l'incompetenza del Direttore Generale ad adottare il provvedimento impugnato sull'assunto che l'atto di autotutela, in quanto *contrarius actus*, avrebbe dovuto essere adottato dal Dirigente dell'Unità Operativa Complessa di Ingegneria Ospedaliera, che aveva a sua volta emanato la deliberazione n. 31 del 15.1.2013;

b) l'inapplicabilità del regolamento alla procedura negoziata indetta con l'atto revocato, non potendo ad esso riconoscersi efficacia retroattiva;

c) l'insussistenza dei presupposti per procedere alla revoca, mancando nella fattispecie la ricorrenza di fatti nuovi e la sopravvenienza di ragioni di pubblico interesse;

d) la mancata comunicazione di avvio del procedimento al ricorrente, quale aggiudicatario provvisorio della gara oggetto di revoca.

6. Si costituiva in giudizio l'Azienda Ospedaliera in resistenza all'avversario ricorso, eccependo l'inammissibilità del ricorso, non essendo il ricorrente, quale aggiudicatario provvisorio, titolare di un interesse concreto ed attuale alla proposizione del ricorso stesso.

7. Il T.A.R. Campania, dopo aver dapprima accolto l'istanza cautelare con l'ordinanza n. 72 del 15.1.2014, riformata da questo Consiglio con ordinanza n. 907 del 27.2.2014, accoglieva anche il ricorso con sentenza n. 3094 del 5.6.2014.

8. Avverso tale sentenza ha proposto appello l'Azienda Ospedaliera, per avere il T.A.R. erroneamente accolto tre dei quattro motivi di censura articolati dalla Ditta Cioffi in primo grado e annullato l'atto di autotutela, a torto qualificato come revoca, e ne ha chiesto, previa sospensione degli effetti, la integrale riforma.

9. Si è costituita l'appellata Ditta Cioffi, domandando di respingere l'avversario gravame e l'incidentale domanda di sospensione.

10. Nella camera di consiglio del 31.7.2014, fissata per l'esame della domanda cautelare, la causa veniva rinviata, per la sollecita definizione del merito, alla pubblica udienza del 23.10.2014.

11. Alla pubblica udienza del 23.10.2014 il Collegio, uditi i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

12. L'appello dell'Azienda Ospedaliera è fondato e va accolto.

13. Il T.A.R. campano ha accolto il secondo, terzo e quarto motivo del ricorso sulla base di un articolato ragionamento, che può riassumersi nei termini seguenti.

13.1. La qualità di aggiudicatario provvisorio, in capo all'originario ricorrente, costituirebbe posizione differenziata e qualificata rispetto al provvedimento impugnato, idonea a configurare sia un interesse azionabile in sede processuale sia ad imporre all'Amministrazione l'attivazione delle dovute garanzie partecipative.

13.2. Da tale premessa il giudice di prime cure, oltre alla sicura ammissibilità del ricorso per sussistenza di un concreto interesse in capo alla Ditta Cioffi, ha tratto la conclusione che sia fondato il quarto motivo di ricorso, con il quale era stata lamentata l'omessa attivazione delle necessarie garanzie partecipative in favore del ricorrente nell'ambito del procedimento di autotutela.

13.3. Quanto agli altri motivi, poi, il T.A.R., in nome di una interpretazione conservativa del provvedimento impugnato, lo ha qualificato come revoca e non come annullamento, anche per la mancanza del necessario presupposto giuridico richiesto per quest'ultimo e, cioè, l'esistenza di vizi di legittimità.

13.4. Ma, ha aggiunto il T.A.R., mancherebbero anche i presupposti normativi per la revoca, perché non vi sarebbe stata alcuna rimeditazione dell'interesse pubblico originario, *“non essendovi riferimento alcuno a tale situazione nel corpo della motivazione”* (p. 7 della sentenza impugnata), né la sopravvenienza di una nuova situazione fattuale, storicamente intesa, né sopravvenute esigenze di interesse pubblico.

13.5. A ben vedere, ha concluso il primo giudice, *“il provvedimento impugnato non esprime affatto le concrete ragioni del provvedere, sebbene queste siano state formalmente indicate in non meglio specificate esigenze di rendere compatibili le procedure di gara con il nuovo regolamento; ma tale affermazione resta oscura, ambigua e priva di sostanziale significato, risolvendosi in un’apodittica decisione gravemente lesiva della posizione di legittimo affidamento di chi era in attesa del consolidamento della sua posizione da aggiudicatario provvisorio in definitivo”* (pp. 7-8 della sentenza impugnata).

14. La motivazione del primo giudice, così esposta e riassunta, non è esente da censura.

15. Se è corretto ritenere infatti che la qualità di aggiudicatario provvisorio conferisca alla Ditta una posizione giuridica qualificata e differenziata sul piano della tutela giurisdizionale, come ha premesso il T.A.R., non lo è altrettanto desumerne che l’Amministrazione sarebbe stata tenuta a comunicargli l’avvio del procedimento di autotutela.

15.1. Il primo giudice trascura, in questo modo, di considerare il consolidato insegnamento della giurisprudenza, secondo cui l’aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale, inserendosi nell’ambito della procedura di scelta del contraente come momento necessario ma non decisivo, atteso che la definitiva individuazione del concorrente cui affidare l’appalto risulta cristallizzata soltanto con l’aggiudicazione definitiva, sicché, *“versandosi ancora nell’unico procedimento iniziato con l’istanza di partecipazione alla gara e vantando in tal caso l’aggiudicatario provvisorio solo una aspettativa alla conclusione del procedimento, non si impone la comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela”* (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 8.3.2011, n. 1446).

15.2. Di qui l’infondatezza del quarto motivo dell’originario ricorso, erroneamente accolto, invece, dal primo giudice.

16. Nemmeno la sentenza impugnata può condividersi nella parte in cui, dopo aver respinto il primo motivo del ricorso originario (che non è stato riproposto mediante appello incidentale, sicché sul punto si è formato il giudicato), ha accolto, oltre al quarto, anche il secondo e il terzo motivo del ricorso medesimo.

16.1. Il T.A.R. campano ha qualificato la delibera n. 840 del 15.11.2013 come atto di revoca, trascurando tuttavia che, ai fini della qualificazione, come ripetutamente sostenuto dalla giurisprudenza di questo Consiglio, gli atti amministrativi vanno interpretati non solo in base al tenore letterale, ma soprattutto risalendo alla effettiva volontà dell’Amministrazione ed al potere concretamente esercitato, cosicché occorre prescindere dal *nomen iuris* adottato dall’Amministrazione ai fini dell’inquadramento degli stessi all’interno delle tradizionali categorie dell’annullamento, che opera per vizi di legittimità, con effetto *ex tunc*, e della revoca, in presenza di vizi di merito, che opera *ex nunc* (v., *ex plurimis*, Cons. St., Ad. Plen., 23.1.2003, n. 3; Cons. St., sez. V, 15.10.2003, n. 6316).

16.2. Ciò avrebbe dovuto indurre il primo giudice a qualificare l'atto in questione, proprio in virtù della pur invocata interpretazione conservativa (art. 1367 c.c.) applicabile anche ai provvedimenti, quale annullamento, perché con esso l'Amministrazione, per motivi di legittimità (l'invocata applicazione del nuovo Regolamento aziendale e, comunque, dell'art. 125, comma 8, del d. lgs. 163/2006), aveva proceduto all'annullamento dell'atto di gara con effetti *ex tunc*, anche per il rilievo contenuto nello stesso provvedimento secondo cui, non essendovi stata aggiudicazione definitiva, non si era consolidata definitivamente ancora alcuna posizione in favore di terzi.

16.3. Non vi è dubbio, infatti, che l'Amministrazione si sia richiamata a motivi di legittimità nell'annullare la procedura, ritenendo maggiormente rispondente alle previsioni del nuovo Regolamento e, comunque, dell'art. 125, comma 8, del d. lgs. 163/2006, il modulo procedimentale previsto da questa disposizione anziché da quello di cui agli artt. 122, comma 7, e 57, comma 6, precedentemente prescelto, e nel far ciò abbia inteso privare di effetto *ex tunc* i precedenti atti di indizione della gara, dopo avere osservato che, non essendosi la gara conclusa con l'aggiudicazione definitiva, *“non vengono in rilievo posizioni soggettive di terzi”*.

16.4. Anche volendo comunque per ipotesi ricondurre l'atto alla figura della revoca, come ha inteso fare il primo giudice, non per questo appare condivisibile l'interpretazione che questi ha dato del provvedimento impugnato in prime cure, alla luce della quale non ricorrerebbero i presupposti dell'art. 21-*quinquies* della l. 241/1990 per la revoca e, in particolare, non vi sarebbe stata una rivalutazione dell'interesse pubblico, *“non essendovi riferimento alcuno nel corpo della motivazione”*.

16.5. Tale riferimento è, al contrario di quanto ha sostenuto il T.A.R., ben evidente nell'impugnato provvedimento e consiste nel richiamo alle disposizioni in esso citate e al criterio della rotazione da queste previste.

16.6. La revoca può infatti, per espressa previsione dell'art. 21-*quinquies* della l. 241/1990, avere quale presupposto anche *“una nuova valutazione dell'interesse pubblico”* che, nel caso di specie, è stata effettuata dall'Amministrazione sulla base di una più approfondita rivasitazione della normativa in materia, all'esito della quale l'Azienda Ospedaliera, facendo applicazione del nuovo Regolamento aziendale e del criterio di rotazione, previsto dall'art. 69 dello stesso, ha ritenuto *“essere maggiormente rispondente al descritto meccanismo e, comunque, più coerente con i principi del citato art. 125 comma 8 d. lgs. 163/2006, prevedere l'istituzione di un elenco operatori economici cui affidare, a rotazione, i singoli interventi che si rendessero necessari nel corso dell'anno”*, come si legge espressamente nella nota prot. n. 36/DAO dell'8.4.2013, allegata in copia alla delibera di ritiro n. 840 del 15.11.2013 e costituente parte integrante e sostanziale di essa.

17 Non si può pertanto condividere l'analisi del primo giudice, il quale ha ritenuto che le ragioni del provvedere resterebbero oscure, ambigue e prive di sostanziale significato, risolvendosi in un'apodittica decisione gravemente lesiva della posizione di legittimo affidamento di chi era in attesa del consolidamento della sua posizione da aggiudicatario

provvisorio in definitivo, poiché al contrario tali ragioni sono state correttamente e ampiamente espresse dalla delibera n. 840 del 15.11.2013 e dalla allegata nota prot. n. 36/DAO dell'8.4.2013.

17.1. Né ad inficiare la correttezza di tali ragioni sono sufficienti le censure mosse dalla ricorrente in prime cure con il secondo e il terzo motivo dell'originario ricorso, entrambi erroneamente accolti dal primo giudice.

17.2. La Ditta Cioffi aveva infatti contestato la legittimità del provvedimento di autotutela, osservando che il richiamo al nuovo Regolamento aziendale di amministrazione e contabilità non introdurrebbe alcuna novità di carattere normativo, limitandosi l'art. 66 del Regolamento a richiamare l'applicazione dell'art. 125, comma 8, del d. lgs. 163/2006, sicché la decisione di adeguarsi a tale disposizione avrebbe potuto essere presa dall'Azienda anche precedentemente all'indizione della gara, trattandosi di procedura già codificata, mentre la scelta di procedere alla procedura negoziata, di cui agli artt. 122, comma 7, e 57, comma 6, del d. lgs. 163/2006 anziché a quella dell'art. 125, comma 8, del d. lgs. 163/2006, lascerebbe presumere che l'Amministrazione già avesse concretamente valutato tutte le procedure adottabili all'epoca dell'indizione della gara e avesse prescelto quella di cui all'art. 122, escludendo quella dell'art. 125.

17.3. L'argomento prova troppo perché, se esso fosse corretto, all'Amministrazione sarebbe sempre precluso rivalutare l'interesse pubblico posto a fondamento dell'indizione della gara, per aver consumato irrimediabilmente il proprio potere, anche quando essa, per errore, abbia seguito un modulo procedimentale difforme da quello previsto dalla legge.

17.4. Ciò implicherebbe negare in radice il potere di autotutela, mentre proprio l'art. 21-*quinquies* della l. 241/1990 consente all'Amministrazione di rivalutare l'interesse pubblico e, ancor più, il successivo art. 21-*nonies* le permette di annullare d'ufficio l'intera gara per ragioni di interesse pubblico connesse alla illegittimità dell'atto.

17.5. Ma è evidente che tale conclusione, necessariamente scaturente da una tesi del genere, è contraria alle basilari regole del diritto amministrativo in materia di autotutela ribadite dalla l. 241/1990, oltre che al principio di buon andamento (art. 97 Cost.), né basta a scalfire tale rilievo il contrario argomento, apodittico ed erroneo, che l'interesse pubblico sia stato già tutelato e, per così dire, "consumato" dalla stessa Amministrazione allorquando ha previsto l'utilizzo della procedura negoziata, dovendo invece l'Amministrazione tutelare sempre tale interesse anche mediante il superamento, in autotutela, di una prima erronea, illegittima o inopportuna valutazione dello stesso.

17.6. La ricorrente in prime cure, al di là delle censure qui esaminate e tutte infondate, non ha nel merito contestato le ragioni poste dall'Amministrazione a fondamento della propria scelta di rimuovere, in autotutela, gli atti della procedura precedentemente bandita e, cioè, di fare applicazione del criterio di rotazione sotteso alla richiamata applicazione del nuovo

Regolamento e nell'art. 125, comma 8, del d. lgs. 163/2006, criterio richiamato nella nota n. 36/DAO dell'8.4.2013 allegata alla delibera.

17.7. Questa stessa Sezione, recentemente, non ha mancato di rilevare che, nel contesto dell'art. 125 del codice dei contratti pubblici, il principio della "rotazione", imposto con riferimento alla procedura di "cottimo fiduciario", appare concepito dal legislatore come una contropartita, o un bilanciamento, del carattere sommario e "fiduciario" della scelta del contraente (Cons. St., sez. III, 12.9.2014, n. 4661).

17.8. Le ragioni sostanziali poste a fondamento dell'atto adottato in autotutela dall'Amministrazione – il rispetto del principio di rotazione richiamato dall'art. 125, comma 8, del d. lgs. 163/2006 ed evidenziato nella nota prot. n. 36/DAO dell'8.4.2013 – sono state contestate dalla Ditta Cioffi solo nella memoria illustrativa per l'udienza pubblica del 28.5.2014 avanti al T.A.R. – replicando alle difese dell'Amministrazione – e ancora, in via subordinata, nella memoria di costituzione e difesa nel presente giudizio di appello (pp. 15-18), laddove essa ha fatto rilevare che il principio di rotazione sarebbe stato comunque rispettato anche nella procedura annullata, con argomentazioni che, però, avrebbero se del caso dovuto costituire oggetto di specifica censura, nel ricorso di primo grado, e che sono quindi del tutto inammissibili, perché tardive, in questa sede.

17.9. Non essendovi stata specifica censura sul punto, del resto, non si comprende sulla base di quale allegazione, prima ancor che prova, il T.A.R. abbia potuto affermare, erroneamente, che *"nessuna contrarietà, anche in termini di prosecuzione del procedimento, appare emergere tra la procedura negoziata – ormai indetta e provvisoriamente aggiudicata – e le norme regolamentari citate dall'Azienda"*, in quanto mai la ricorrente in prime cure aveva lamentato, prima ancor provato, la illegittimità dell'atto di autotutela per aver annullato una procedura in realtà conforme ai principi successivamente richiamati dall'Amministrazione nello stesso atto.

18. Va infine evidenziato che anche la censura volta ad evidenziare l'illegittima applicazione retroattiva del Regolamento, adottato successivamente, ad una procedura di gara precedentemente bandita è infondata non solo perché, come è la stessa Ditta appellata a ricordare più volte, il Regolamento era meramente ripetitivo del disposto dell'art. 125, comma 8, del d. lgs. 163/2006, già vigente all'atto di indizione della procedura negoziata, ma anche perché il c.d. *ius superveniens*, se non può essere applicato ad una procedura di gara bandita prima della sua entrata in vigore, ben può fondare la revoca in autotutela della gara stessa.

18.1. La costante giurisprudenza di questo Consiglio, infatti, afferma che in sede di gara indetta per l'aggiudicazione di un contratto la stazione appaltante è tenuta ad applicare rigorosamente le regole fissate nel bando, atteso che questo costituisce la *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica, che non può essere disapplicata nel corso del procedimento neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo *ius superveniens*, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela (Cons. St., sez. V, 28.4.2014, n. 2201).

19. Ne segue che anche il secondo e il terzo motivo di censura, accolti dal T.A.R., dovevano essere respinti.

20. Si impone conseguentemente, in accoglimento del proposto appello, la riforma della sentenza impugnata nella parte in cui ha accolto il secondo, il terzo e il quarto motivo del ricorso originario.

21. Non essendo stata la sentenza impugnata dalla Ditta Cioffi con appello incidentale né per quanto concerne il capo in cui ha respinto il primo motivo di ricorso né per quanto attiene a quello in cui ha respinto la domanda di indennizzo ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della l. 241/1990, domanda peraltro da respingersi in radice per difetto del presupposto normativo laddove, come appare preferibile ritenere nel caso di specie, si sia in presenza di un annullamento in autotutela, il ricorso di primo grado è infondato e, come tale, va respinto.

22. Ne segue che, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso di prime cure va integralmente respinto.

23. La complessità delle ragioni in diritto sin qui evidenziate, comunque, giustifica l'integrale compensazione delle spese inerenti al doppio grado di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in prime cure.

Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 27/11/2014.