

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(OMISSIS....)

FATTO E DIRITTO

Con il presente ricorso, (OMISSIS) s.r.l. – società che era stata a suo tempo costituita tra le società cooperative (OMISSIS) e (OMISSIS), a loro volta società componenti la (OMISSIS) dichiarata vincitrice della gara pubblica bandita da Azienda U.S.L. di (OMISSIS) per la scelta del soggetto promotore nell'intervento in project financing per la progettazione, realizzazione e gestione tecnico economica della nuova sede direzionale e di servizi al cittadino dell'azienda U.S.L. di (OMISSIS) nell'area (OMISSIS) – (OMISSIS) - e le due predette società cooperative chiedono l'annullamento della deliberazione con la quale il Direttore Generale della suddetta struttura sanitaria, in pretesa esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 7163 del 2009, ha dichiarato la stessa decaduta dal contratto di concessione stipulato per la realizzazione della predetta opera pubblica. Con il primo ricorso per motivi aggiunti, inoltre, le stesse società hanno impugnato la nota in data 5/8/2010, con la quale l'Azienda U.S.L. di (OMISSIS), sempre in pretesa esecuzione della citata sentenza, ha assunto determinazioni in ordine all'eventuale esercizio di autotutela ex art. 243bis D.Lgs n. 163 del 2006 e s.m. e i..

Infine, con secondo ricorso aggiuntivo, le predette società hanno chiesto l'annullamento della deliberazione assunta dal Direttore Generale dell'Azienda U.S.L. in data 4/11/2010, avente ad oggetto la non ascrivibilità al pubblico interesse della proposta presentata da (OMISSIS), altra concorrente partecipante alla suddetta gara pubblica.

L'Azienda U.S.L. di (OMISSIS), costituitasi in resistenza, chiede che il ricorso principale e il primo dei ricorsi aggiuntivi siano respinti, in quanto tutti infondati. Essa chiede, inoltre, che il secondo ricorso aggiuntivo sia dichiarato inammissibile per mancanza di ogni interesse a proporlo.

Alla pubblica udienza del 16 febbraio 2012, la causa è stata chiamata e, quindi, è stata trattenuta per la decisione come da verbale.

Il Collegio deve preliminarmente osservare che a monte della vicenda giudiziaria ora sottoposta all'esame di questo T.A.R., vi è una precedente e strettamente connessa controversia introdotta da (OMISSIS) dinanzi al giudice amministrativo, avente ad oggetto la gara pubblica bandita dall'Azienda U.S.L. di (OMISSIS) per la

scelta del soggetto promotore relativamente ad un intervento in project financing per la progettazione, realizzazione e gestione tecnico economica della nuova sede direzionale e di servizi al cittadino dell'azienda U.S.L. di (OMISSIS) nell'area (OMISSIS) – (OMISSIS).; procedura, questa, conclusasi con la scelta di (OMISSIS) coop. quale soggetto promotore. (OMISSIS), anch'essa partecipante alla gara, ha impugnato dinanzi a questo T.A.R. il provvedimento dell'Azienda U.S.L. che aveva individuato il suddetto Raggruppamento quale soggetto promotore dell'intervento. Con sentenza n. 148 del 2008 questo T.A.R. ha respinto i primi due motivi di ricorso e, a seguito dell'accoglimento del primo dei motivi aggiunti incidentali proposti da (OMISSIS) controinteressato, ha dichiarato l'improcedibilità della parte restante del ricorso principale. (OMISSIS), unica altra impresa rimasta in gara ha quindi proposto appello e il Consiglio di Stato, con decisione n. 7163 pubblicata il 17/11/2009 (dispositivo depositato il 28/11/2008), in riforma della sentenza del T.A.R. ha accolto il ricorso di (OMISSIS) s.p.a., disponendo, per l'effetto, l'annullamento degli atti che avevano illegittimamente ammesso l'offerta di (OMISSIS) coop alla gara per l'individuazione del soggetto promotore dell'intervento in questione.

(OMISSIS) s.r.l. (società costituita tra (OMISSIS) soc. coop. e (OMISSIS) soc. coop al fine dell'affidamento in concessione dell'intervento in questione) e le citate cooperative impugnano ora con ricorso principale e due successivi ricorsi per motivi aggiunti gli atti in epigrafe, con i quali l'Azienda U.S.L. di (OMISSIS) ha inteso dare esecuzione alla citata sentenza del Consiglio di Stato.

Il Collegio osserva, al riguardo, che non meritano accoglimento il ricorso principale e il primo dei ricorsi aggiuntivi.

Innanzitutto non coglie nel segno il primo motivo del ricorso principale, con il quale (OMISSIS) s.r.l. e le altre società interessate ritengono che l'Azienda sanitaria resistente avrebbe dovuto previamente comunicare loro, ai sensi dell'art. 10 bis della L. n. 241 del 1990, l'esistenza di motivi ostativi all'accoglimento della propria istanza diretta ad ottenere il ristoro delle spese sostenute per la partecipazione alla procedura di project financing in questione.

Il Collegio ritiene che l'avvio del procedimento volto a dare esecuzione a una sentenza del giudice amministrativo, non sia subordinato all'iniziativa della parte interessata, ma debba essere iniziato dall'amministrazione, quale obbligo direttamente nascente dal giudicato o, comunque, dall'effetto conformativo della sentenza del giudice amministrativo, che impone all'amministrazione soccombente nel giudizio, di avviarne "ex officio" l'esecuzione, con conseguente necessità che agli interessati potenzialmente lesi da tale attività procedimentale siano avvisati – come in effetti è avvenuto nella specie – con la comunicazione di cui all'art. 7 della L. n. 241 del 1990.

Quale ulteriore supporto delle considerazioni appena svolte si deve rilevare che, trattandosi, nella specie, di procedimento relativo a gara pubblica, l'avvio (e, in questo caso, la ripresa) dello stesso rientra nelle attribuzioni "ex officio" dell'amministrazione banditrice, con la conseguenza che l'atto di riavvio del procedimento di gara non doveva essere preceduto da avviso ex art. 21 quinquies L. n. 241 del 1990, ma dalla comunicazione di cui all'art. 7 della stessa legge.

Parimenti da respingere è il secondo motivo del ricorso principale, con il quale si sostiene che la predetta sentenza del Consiglio di Stato, pur avendo in concreto escluso l'offerta di (OMISSIS) che era risultata vincitrice della gara per la scelta del soggetto promotore dell'intervento da realizzarsi in project financing, con conseguente caducazione del provvedimento di affidamento della gara stessa, non avrebbe però inciso – stante la ritenuta autonomia delle suddette fasi della procedura di finanza di progetto – sull'affidamento a (OMISSIS) (società appositamente costituita tra (OMISSIS) e (OMISSIS)) – a seguito dell'espletamento di successiva procedura ristretta di gara - della concessione per la realizzazione e gestione dell'opera pubblica in questione.

Il Collegio deve osservare, in proposito, che già sulla base della normativa generale in materia di procedimenti relativi a gare pubbliche vigente all'epoca dei fatti di causa, e in coerenza con l'orientamento allora di gran lunga prevalente della giurisprudenza amministrativa, l'annullamento giurisdizionale (o in autotutela) degli atti di gara e, in particolare, tra essi, dell'aggiudicazione definitiva, comportava automaticamente la caducazione del contratto eventualmente stipulato tra la P.A. e l'aggiudicataria, stante l'inscindibile collegamento funzionale esistente tra tali atti, e che si sostanzia nella strumentalità e consequenzialità del contratto rispetto all'aggiudicazione. Dalle considerazioni che precedono deriva, pertanto, che l'accertata illegittimità della procedura di affidamento di un'opera o di un servizio da parte di una pubblica amministrazione determina, in generale, oltre l'annullamento degli atti di aggiudicazione ritenuti illegittimi anche l'inefficacia del contratto eventualmente già sottoscritto (cfr. fra le più recenti, Consiglio Stato, sez. V, 4/1/2011 n. 11 e 9 aprile 2010, n. 1998).

Sul punto, peraltro, è intervenuta anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che, in una recentissima decisione (Cons. Stato A.P. 28/1/2012 n.1) ha avuto modo di precisare che "...nella procedura di project financing piuttosto che individuarsi due serie sub procedurali collegate ed autonome (l'una di selezione del progetto di pubblico interesse; l'altra di gara ad evidenza pubblica sulla base proprio del progetto dichiarato di pubblica utilità), deve piuttosto configurarsi una fattispecie a formazione progressiva, in cui lo scopo finale (cioè l'aggiudicazione della concessione al soggetto che propone di realizzare l'opera col sistema economicamente più vantaggioso) si realizza attraverso le descritte (e progressive) fasi che non sono solo funzionalmente collegate (tra di loro in funzione dello scopo), ma sono biunivocamente interdipendenti, così che la prima non è logicamente e giuridicamente concepibile senza la seconda e viceversa, con la ulteriore e definitiva conseguenza che esse non sono giuridicamente autonome, non potendo essere separate tra di loro a pena della stessa esistenza della procedura;...".

Si deve in conclusione rilevare che, dall'accertata mancanza di autonomia del contratto stipulato a seguito di un'aggiudicazione giudicata illegittima e perciò annullata, deriva l'impossibilità di mantenimento in vita dell'atto negoziale, con conseguente palese infondatezza dell'esaminata censura.

Peraltro, nemmeno sotto diverso profilo della questione, e cioè tenendo presente la peculiarità della disciplina relativa alla procedura di finanza di progetto in esame è possibile pervenire a conclusioni diverse da quella sopra esposta e condivisa. Invero, si deve in proposito osservare che il sistema di project financing delineato dall'allora vigente L. n. 109 del 1994 agli artt. 34 e segg. prevedeva già un unico articolato

procedimento fondato innanzitutto in una prima fase di scelta del soggetto promotore e, ulteriormente, in una seconda fase in cui, mediante procedura ristretta di gara, era individuato il soggetto concessionario per la realizzazione e gestione dell'opera pubblica. Tale unicità del procedimento (sussistente e rafforzata anche nella disciplina della finanza di progetto attualmente vigente) era giustificata dai rilevanti vantaggi e diritti riconosciuti al soggetto individuato quale promotore (in primis: il diritto di prelazione sull'offerta risultata affidataria della concessione) anche e soprattutto rispetto all'esito della seconda fase procedimentale. Da tali considerazioni discende, pertanto, che anche sotto tale aspetto, non è possibile considerare autonoma la seconda fase procedimentale relativa all'affidamento in concessione e alla stipula del relativo contratto, rispetto alla prima relativa alla scelta del soggetto promotore, con conseguente ulteriore profilo di infondatezza del motivo di ricorso esaminato.

Né a migliore sorte è destinato il terzo motivo del ricorso principale, con il quale le proponenti si dolgono dell'insussistenza, nella gravata deliberazione, dei "presupposti per la revoca e/o annullamento", con conseguente ritenuta violazione degli artt. 21 quinquies e 21 octies della L. n. 241 del 1990. Il Collegio deve in proposito ribadire che il procedimento avviato dall'Azienda U.S.L. di (OMISSIS) consiste nella doverosa conformazione a quanto deciso dal Consiglio di Stato con la più volte citata sentenza, che ha escluso l'offerta dell'odierna ricorrente dalla selezione per l'individuazione del soggetto promotore ed automaticamente, la caducazione dei consequenziali atti di affidamento dei lavori in concessione e di stipulazione del relativo contratto. Tale procedimento è pertanto del tutto estraneo a quello delineato dalle suddette disposizioni relativamente ai procedimenti di ritiro in autotutela di atti da parte della P.A., con conseguente palese infondatezza della esaminata censura.

Con il quarto motivo del ricorso principale, si chiede – a titolo di risarcimento del danno - la refusione delle spese sostenute relativamente alla predisposizione della proposta di finanza di progetto e relativamente a tutti i successivi adempimenti, ivi compresi quelli inerenti alla costituzione e al funzionamento di (OMISSIS), resisi necessari ai fini della realizzazione dell'opera pubblica e della stipula del contratto di concessione. Tale richiesta risarcitoria è formulata sia a titolo di responsabilità pre-contrattuale (art. 1337 e 1338 cod. civ.) sia a titolo di responsabilità aquiliana (art. 2043 cod. civ.).

Il Collegio osserva che tale pretesa non può essere accolta.

Quanto alla affermata responsabilità dell'Azienda U.S.L. ex art. 1337 cod. civ., si deve osservare che, nella specie, non è addebitabile all'amministrazione alcuna violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nelle trattative pre-contrattuali. Dagli atti di causa emerge, infatti, che l'individuazione di (OMISSIS) quale soggetto promotore del project financing a seguito dell'espletamento di gara pubblica è stata ritenuta legittima dal giudice amministrativo di primo grado, risultando tale provvedimento illegittimo solo a seguito dell'annullamento disposto dal Consiglio di Stato in secondo grado. Peraltro, risulta che l'amministrazione abbia espletato l'ulteriore fase procedimentale, mediante indizione della seconda gara e successivo affidamento della concessione al suddetto (OMISSIS) e poi alla neo costituita (OMISSIS) s.r.l., in costanza della sentenza di primo grado; risultando inoltre che la stessa abbia poi tempestivamente provveduto a sospendere l'esecuzione del contratto e a non consegnare le aree nelle quali avrebbe dovuto

sorgere l'opera pubblica al concessionario, appena venuta a conoscenza della proposizione del ricorso in appello al Consiglio di Stato da parte di (OMISSIS), con comportamento evidentemente denotante, ad avviso della Sezione, trasparenza nei confronti di tutte le imprese concorrenti nonché rispetto delle diverse pronunce dei giudici amministrativi intervenute in esito al percorso dei due gradi di giudizio.

Dalle considerazioni che precedono deriva, ulteriormente, l'insussistenza di responsabilità dell'Azienda U.S.L. anche ai sensi dell'art. 1338 cod. civ., stante che, come si è accertato, l'amministrazione procedente ha avuto piena conoscenza dell'illegittimità (e delle effettive motivazioni sulle quali essa è fondata) del provvedimento di individuazione del soggetto promotore, e, quindi, di una causa di invalidità del successivo contratto stipulato con le odierne ricorrenti solo a seguito della pubblicazione della sentenza di appello.

Inoltre Il Collegio non ritiene che l'Azienda U.S.L. possa essere ritenuta responsabile per danni nei confronti delle ricorrenti ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., mancando, nella specie, ove l'amministrazione si è sempre tempestivamente conformata alle diverse decisioni dei giudici amministrativi di primo e secondo grado, l'ingiustizia del pregiudizio eventualmente causato alle ricorrenti con gli atti dalle stesse impugnati. Sotto altro e diverso profilo, e sempre in base alle considerazioni svolte in precedenza, l'accertata incolpevolezza del comportamento dell'amministrazione, conferma e rafforza il giudizio di infondatezza della pretesa risarcitoria ex art. 2043 cod. civ. per mancanza anche dell'elemento soggettivo.

Per quanto concerne, da ultima, la pretesa ad un'indennità ai sensi dell'art. 2041 cod. civ., il Collegio ritiene che, nella specie, difettino tutti i presupposti per azionare favorevolmente un'azione a tale titolo, non essendo stata realizzata né iniziata l'opera pubblica oggetto del contratto di concessione e nemmeno essendo stato utilizzato, dall'Azienda U.S.L. concedente, il progetto relativo alla proposta di project financing delle ricorrenti in quanto la loro offerta è stata ritenuta illegittima (ed esclusa dalla gara) dal Consiglio di Stato.

Passando ad esaminare il primo ricorso per motivi aggiunti, il Collegio deve rilevare l'inconferenza oltre che l'infondatezza del primo mezzo d'impugnazione, stante che, anche un'eventuale falsa applicazione, da parte dell'Azienda U.S.L. dell'art. 243 bis del D. Lgs. n. 163 del 2006 nel dare riscontro al preavviso di ricorso (inoltrato dalle ricorrenti) disciplinato da detta norma, non potrebbe in alcun modo incidere sulla legittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati con il ricorso aggiuntivo.

In ogni caso, si rileva che, nella specie, l'Azienda U.S.L. doveva unicamente dare esecuzione alla citata decisione del Consiglio di Stato; adempimento, questo, che l'amministrazione ha effettuato legittimamente riprendendo il procedimento di gara nella fase (non travolta dalla sentenza) di valutazione ai fini della dichiarazione di pubblico interesse dell'unica offerta rimasta in gara dopo l'esclusione giudiziale dell'offerta di (OMISSIS), con la conseguenza che, in tale situazione, nessun obbligo vi era per l'amministrazione procedente di agire in autotutela, nel senso e nella specifica direzione erroneamente proposte e sostenute dalle ricorrenti.

Per quanto concerne gli ulteriori motivi, il Tribunale osserva che anch'essi risultano infondati, in quanto estensivi, in via derivata, all'ulteriore atto impugnato, degli stessi motivi di illegittimità già rassegnati nel ricorso principale.

Il Collegio ritiene inammissibile, infine, il secondo ricorso per motivi aggiunti, dato che nessun concreto interesse e nessuna utilità possono avere le odierne ricorrenti dall'eventuale annullamento dall'atto impugnato con tale ricorso, in quanto riguardante la determinazione di non ascrivibilità all'interesse pubblico anche dell'offerta di (OMISSIS), unica concorrente rimasta in gara dopo l'esclusione dell'offerta delle ricorrenti ad opera della sentenza del Consiglio di Stato.

Tale provvedimento impugnato non concerne (e tanto meno lede), pertanto, la posizione giuridica delle odierne ricorrenti, con conseguente inammissibilità del secondo ricorso aggiuntivo per difetto di interesse a proporlo.

Per quanto sopra esposto, sono respinti il ricorso principale e il primo ricorso per motivi aggiunti ed è dichiarato inammissibile per difetto di interesse il secondo ricorso per motivi aggiunti.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia – Romagna, Bologna (Sezione Seconda),

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto: a) Respinge il ricorso principale e il primo ricorso per motivi aggiunti; b) dichiara inammissibile il secondo ricorso per motivi aggiunti; c) Condanna le ricorrenti, quale parte soccombente, al pagamento, in favore di Azienda U.S.L. di (OMISSIS), delle spese relative al presente giudizio, che liquida per l'importo onnicomprensivo di €. 10.000,00 (diecimila/00) oltre c.p.a. e i.v.a..

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

Così deciso in Bologna, nella camera di consiglio del giorno 16 febbraio 2012, con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Alberto Pasi, Consigliere

Umberto Giovannini, Consigliere, Estensore

Depositata in segreteria

Il 26/03/2012

Il Segretario