

CONSIGLIO DI STATO

Sez. III, 26 settembre 2013, n.4809 - Pres. Cirillo – est. Puliatti

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3570 del 2013, proposto da:

Societa' xxx., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Gilberto Giusti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Sergio Piccarozzi in Roma, via Crescenzio, n.95;

contro

Azienda USL 10 Firenze, in persona del legale rappresentante pro-tempore;

nei confronti di

xxx, in proprio e quale Capogruppo Mandataria dell'ATI con xxx.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA – FIRENZE, SEZIONE I, n. 00185/2013, resa tra le parti, concernente affidamento realizzazione parcheggio strutturale - sistemazione a verde e della viabilita' - risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2013 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e udito per la parte appellante l'avvocato Giusti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - L'Azienda Unità Sanitaria Locale n.10 di Firenze ha indetto appalto concorso per la realizzazione di un parcheggio con sistemazione del verde e della viabilità presso il polo ospedaliero Nuovo San Giovanni di Dio in località Torregalli.

L'aggiudicazione è stata disposta provvisoriamente in favore dell'impresa XXX S.p.A.

A seguito della produzione dei documenti richiesti e di successiva verifica dell'anomalia dell'offerta, l'Amministrazione, dopo la diffida a concludere il procedimento da parte dell'impresa, in data 24.2.2012, comunicava l'inaffidabilità della proposta contrattuale.

2. - L'impresa proponeva, quindi, ricorso al TAR Toscana e, nelle more, la AUSL adottava la delibera del D.G. del 12.4.2012, n. 271, impugnata con motivi aggiunti, con la quale disponeva la revoca della delibera di indizione della gara e degli atti conseguenti, sulla base di una duplice considerazione, attinente alla carenza di copertura finanziaria ed alla sopravvenuta mancata rispondenza della gara alle esigenze dell'azienda.

Veniva avanzata anche domanda di risarcimento dei danni, anche precontrattuali, derivati sia dalla redazione del progetto esecutivo, sia dalla perdita di chance.

3. - Con sentenza n. 185/2013, il TAR Toscana ha rigettato il ricorso, disattendendo le censure relative alla illegittimità della revoca, sia perché il provvedimento è congruamente motivato, sia perché la posizione della ricorrente non può ritenersi consolidata e definitiva, e rigettando altresì la domanda di risarcimento dei danni da responsabilità precontrattuale.

4. - Propone appello la Società xxx S.p.A., lamentando l'erroneità della sentenza che avrebbe travisato le risultanze documentali e non avrebbe tenuto conto delle conseguenze dannose prodottesi e dei profili di responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione.

5. - All'udienza del 21 giugno 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello non è fondato.

1.1. - Col primo motivo di appello, la ditta lamenta che il TAR avrebbe erroneamente disatteso le censure svolte avverso la revoca della gara (I e II motivo dei motivi aggiunti), ritenendo congruamente motivato il provvedimento impugnato e non consolidata la posizione della ricorrente ai fini della tutela dell'affidamento e del conseguente diritto al risarcimento.

Di contro, l'appellante osserva di aver evidenziato nel ricorso introduttivo la mancanza di logica motivazione, per difetto del nesso di consequenzialità tra la delibera della G.R. Toscana n. 1051/2011 (che aveva valutato positivamente il piano degli investimenti della AUSL 10) e la nota del D.A. AUSL prot. n. 20723/2012, allegato "H" al provvedimento di revoca 271/2012 (in cui si proponeva invece l'esclusione dell'intervento).

Le risultanze documentali sarebbero state travisate dal primo giudice perché nella delibera di G.R. Toscana n. 1051/2011 non si legge che la Regione aveva deciso "di non includere la realizzazione dei lavori di cui si tratta tra gli interventi strategici", ma al contrario che "era stato positivamente valutato di "sostenere il rinnovamento del patrimonio strutturale e strumentale delle aziende sanitarie".

La decisione di sospendere la realizzazione del parcheggio per carenza di copertura economica sarebbe, pertanto, incongruente e contraddittoria.

Quanto al profilo dell'affidamento ingenerato, l'appellante fa riferimento alla posizione differenziata conseguita ed all'esigenza di operare un bilanciamento di interessi, tanto più che trattandosi di procedura di appalto-concorso, i concorrenti hanno sostenuto l'onere della progettazione esecutiva.

1.2. - Il Collegio non ritiene fondata la censura e condivide le conclusioni del primo giudice, in primis, per quanto riguarda l'insussistenza in capo alla ricorrente di un affidamento qualificato.

Nelle gare di appalto, l'aggiudicazione provvisoria è atto endoprocedimentale che determina una scelta non ancora definitiva del soggetto aggiudicatario della gara; la possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva è un evento del tutto fisiologico, disciplinato dagli artt. 11, comma 11, 12 e 48, comma 2, del d.lgs. 163/2006, inidoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile e obbligo risarcitorio, qualora non sussista nessuna illegittimità nell'operato dell'Amministrazione, a prescindere dall'inserimento nel bando di apposita clausola che preveda l'eventualità di non dare luogo alla gara o di revocarla (questione pure sollevata dall'appellante). (Consiglio di Stato Sez. III - sentenza 24 maggio 2013, n. 2838)

1.3. - Non sussistono i vizi di legittimità denunciati.

Per quanto riguarda la motivazione della revoca, è costante la giurisprudenza che ritiene legittima la revoca in autotutela per il venir meno delle risorse finanziarie, purchè sia adeguata la motivazione.

Nel caso concreto la motivazione non appare né acritica, né illogica.

Vero è che la Regione ha valutato positivamente il piano degli investimenti aziendali 2011-2013 dell'Azienda USL 10 di Firenze e nell'allegato "A" ha incluso la voce "PO NSGD – Torregalli riqualificazione" quantificando il relativo costo complessivo in euro 19.625.516,88; tuttavia, non è condivisibile la deduzione che ne ricava l'appellante, priva di dimostrazione, che sia ricompreso in tale voce anche il costo della realizzazione del parcheggio, di cui alla delibera del Direttore Generale n. 1034 del 18.12.2008, inclusa nel piano investimenti 2008-2010 approvato con DG n. 985 del 28.11.2008.

Viceversa, la D.G. 271 del 12 aprile 2012 di revoca della gara, impugnata, si fonda sia sul richiamo della Giunta Regionale a verificare la coerenza degli interventi finanziati nel triennio 2011-2013 con la programmazione regionale e la loro reale sostenibilità finanziaria, sia sulla modifica del Piano di investimenti contrattato con l'Assessore alla salute con specifico verbale di impegni sottoscritto dalla AUSL nell'ottobre 2011, atti rispetto ai quali non sembra porsi in contrasto l'atto del Direttore Amministrativo datato 27 marzo 2012, prot. 0020723, con cui si comunicava al Direttore Generale l'impossibilità di includere tra gli interventi da realizzare anche il parcheggio, "trattandosi di intervento non strumentale allo svolgimento dell'attività sanitaria" e "stante la sensibile riduzione della capacità finanziaria regionale".

D'altra parte, la valutazione di quali interventi presentino carattere di priorità, oltre che strumentalità, rispetto al servizio primario che l'Azienda è tenuta ad offrire all'utenza, in presenza di asserita riduzione delle risorse finanziarie, poiché attiene all'organizzazione del servizio, appartiene al novero delle scelte discrezionali, attinenti al merito dell'azione amministrativa e di conseguenza insindacabili da parte del giudice, in assenza di palesi e manifesti indici di irragionevolezza.

Inoltre, l'art. 21 quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241 ammette in via di principio un ripensamento da parte dell'Amministrazione a seguito di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (Consiglio di Stato, Sez. V - sentenza 2 maggio 2013 n. 2400; sez. III, 15 novembre 2011, n. 6039).

Deve essere ribadito, inoltre, il consolidato indirizzo giurisprudenziale per il quale nei contratti pubblici, anche dopo l'intervento dell'aggiudicazione definitiva, non è precluso all'amministrazione appaltante di revocare l'aggiudicazione stessa, in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, che ben può consistere nella mancanza di risorse economiche idonee a sostenere la realizzazione dell'opera (C.d. S., Sez. III, 11 luglio 2012, n. 4116; Adunanza Plenaria, 5 settembre 2005, n.6; C.d. S., sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457).

E ciò senza che vi sia contraddittorietà con gli atti di indizione della gara nei quali la stazione appaltante ha indicato la copertura finanziaria, perché, comunque, rimane integro il potere/dovere dell'amministrazione di rivedere i suoi impegni di spesa in ragione delle mutate condizioni delle risorse finanziarie disponibili (C.G.A., Sez. giurisdizionale, 25 gennaio 2013, n. 47).

1.4. - Quanto al terzo motivo di appello, secondo cui a fronte della revoca legittima il primo giudice avrebbe però erroneamente ritenuto insussistente la responsabilità precontrattuale, si ribadisce che l'aggiudicazione provvisoria non determina l'insorgere di affidamento nella conclusione del contratto, e che, pertanto, non è configurabile la responsabilità precontrattuale anteriormente alla scelta del contraente, fase in cui gli interessati sono solo meri partecipanti alla gara.

Ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della P.A., difatti, rileva la correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione durante il corso dello svolgimento della gara che sia pervenuta alla conclusione ed alla individuazione del contraente, nonché nella fase della

formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede, ai sensi dell'art. 1337 c.c..(C.d.S., Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662; Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6).

2. - In conclusione, l'appello va rigettato.

3. - Non vi è luogo a pronuncia sulle spese non essendosi costituita l'Amministrazione.

P.Q.M.

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

Nulla spese.

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