

**APPALTI: Contratti della P.A. – Fase di esecuzione – Sopravvenienze – Rinnovata valutazione dell’interesse pubblico – Necessità di disporre la cessazione del rapporto – Revoca ex art. 21 quinquies, L. n. 241 del 1990 – Esclusione – recesso ex art. 109, d.lgs. n. 50 del 2016 – Applicabilità.**

**Tar Sicilia - Palermo, Sez. I, 8 giugno 2020, n. 1144**

- in *Rivista Trimestrale degli appalti*, 1, 2021, pag. 363 e ss, con commento di Samuele Miedico, *Trova ulteriore conferma la regola per cui l’istituto della revoca non si applica in fase di esecuzione.*

*“[...] successivamente alla stipulazione del contratto, “deve ritenersi insussistente (...) il potere di revoca, poiché: presupposto di questo potere è la diversa valutazione dell’interesse pubblico a causa di sopravvenienze; il medesimo presupposto è alla base del recesso in quanto potere contrattuale basato su sopravvenuti motivi di opportunità (...); la specialità della previsione del recesso di cui al citato art. 134 [oggi art. 109 D. Lgs. N. 50/2016] del codice preclude, di conseguenza, l’esercizio della revoca. Se infatti, (...), nell’ambito della normativa che regola l’attività dell’amministrazione nella fase del rapporto negoziale di esecuzione del contratto (...), è stata in particolare prevista (...) una norma che attribuisce il diritto di recesso, non si può ritenere che sul medesimo rapporto negoziale si possa incidere con la revoca, basata su presupposti comuni a quelli del recesso (la rinnovata valutazione dell’interesse pubblico per sopravvenienze) e avente effetto analogo sul piano giuridico (la cessazione ex nunc del rapporto negoziale)”; diversamente opinando “la norma sul recesso sarebbe sostanzialmente inutile, risultando nell’ordinamento, che per definizione reca un sistema di regole destinate a operare, una normativa priva di portata pratica, dal momento che l’amministrazione potrebbe sempre ricorrere alla meno costosa revoca ovvero decidere di esercitare il diritto di recesso secondo il proprio esclusivo giudizio, conservando in tale modo nel rapporto una posizione comunque privilegiata” nell’ambito di un rapporto negoziale già instaurato ed in cui vengono in rilievo posizioni sostanzialmente paritarie [...]”.*

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Sicilia - Assessorato dell'Economia e di Presidente Regione Siciliana;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli articoli 84 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, e 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28;

Visto il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 134 del 22 maggio 2020, recante “*Regole tecnico-operative per l’attuazione del processo amministrativo telematico, nonché per la sperimentazione e la graduale applicazione dei relativi aggiornamenti*”;

Visto il decreto presidenziale n. 48 del 30 maggio 2020:

Visto l’art. 4 del Decreto Legge 30 aprile 2020, n. 28, comma 1, penultimo periodo, ai sensi del quale “In alternativa alla discussione possono essere depositate note di udienza fino alle ore 9 antimeridiane del giorno dell’udienza stessa o richiesta di passaggio in decisione e il difensore che deposita tali note o tale richiesta è considerato presente a ogni effetto in udienza”;

Viste le note d’udienza depositate dalla parte ricorrente in data 03 giugno 2020;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2020 il dott. Roberto Valenti, svoltasi in collegamento da remoto ai sensi e per gli effetti dell’art. 84, comma 6, del Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, e del decreto presidenziale n. 48 del 30 maggio 2020, come specificato nel verbale;

Visto il comma 5 dell’art. 84 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27;

Premessi e incontestati i fatti di causa, come rappresentati dalla parte ricorrente nel ricorso qui in esame, in ordine:

-alla posizione della società ricorrente quale aggiudicataria della procedura aperta indetta dall’Amministrazione regionale nel novembre del 2018, n. 7254140, per la "*stipula di un accordo quadro (...) per la rinegoziazione del principio attivo Trastuzumab (polvere soluzione per infusione fiala 150 mg) di cui al lotto n. 180 della gara regionale Farmaci definita con D.A.D. n. 176 del 24/04/2018*";

-alla avvenuta stipula tra le parti, il 27 giugno 2019, dell'accordo quadro relativo alla fornitura di Herzuma, per un "*valore indicativo stimato (...) pari ad € 3.300.540,600 (35% del totale fornitura), IVA esclusa*";

- alla continuità di detto rapporto negoziale, con tanto di pagamenti dei relativi corrispettivi, sino alla data del 21 aprile 2020 quando la CUCRS ha assunto l’avversata determinazione (d.d. n. 372 del 21 aprile 2020) di “*revocare (...) ai sensi dell’art. 21-quinquies della L. n. 241/1990, il D.A.S. n. 3811 del 28/12/2018, con il quale è stato aggiudicato l'accordo quadro (...) per l'affidamento della fornitura in somministrazione, del farmaco biologico 'Trastuzumab' necessario alle Aziende sanitarie della SSR della Regione Siciliana*” e contestualmente di “*indire, ai sensi dell’art. 54, co. 4, lett. b) del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. una procedura aperta per la stipula di un accordo quadro per*

*l'affidamento della fornitura, in somministrazione dei farmaci biologici 'Enoxaparina e Trastuzumab' occorrenti alle Aziende del Sistema Sanitario Regionale, nel rispetto delle previsioni di cui alla Legge di Stabilità 2017 – Numero di gara 7745627” (bando n. 2020/S 080-188083 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 23 aprile 2020, parimenti impugnato) attese le ritenute “...mutate le condizioni di mercato ed economiche, che hanno determinato una manifesta onerosità dell'accordo quadro in parola”;*

Considerato che con il ricorso qui in esame parte ricorrente contesta, con tre profili di doglianza, la legittimità dei provvedimenti in epigrafe indicati con cui l'Amministrazione ha “revocato” la precedente gara in ragione delle ritenute nuove condizioni di mercato connesse alla immissione in commercio di due nuovi biosimilari dello stesso principio attivo già oggetto di fornitura, indicando al contempo una nuova gara (nella ritenuta impossibilità di procedere ad un nuovo confronto concorrenziale tra le stesse imprese: cfr. art. 15, comma 11-quater, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in Legge 7 agosto 2012, n. 105);

Considerato che l'Amministrazione intimata si è costituita in giudizio con il patrocinio dell'Avvocatura distrettuale dello Stato, con mera produzione documentale;

Ritenuto che il ricorso può essere definito nel merito ai sensi dell'art. 60 c.p.a., sussistendo i presupposti di legge quanto alla integrità del contraddittorio, alla esaustiva esposizione dei fatti di causa e completezza della documentazione in atti, tenuto anche conto di quanto previsto dal comma 5 del Decreto Legge n. 18/2020, convertito con Legge 24 aprile 2020, n. 27, ai sensi del quale “*Successivamente al 15 aprile 2020 e fino al 31 luglio 2020, in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo, omissis ogni avviso*”;

Dato atto che con nota d'udienza del 3 giugno 2020 la società ricorrente, che cautelativamente ha comunque presentato domanda per la nuova gara, ha rappresentato “*la Stazione Appaltante ha rinviato l'ultima seduta – originariamente fissata per il 26 maggio u.s. ... proprio in attesa di conoscere l'esito della camera di consiglio del 4 giugno prossimo*”, chiedendo al contempo che il ricorso sia comunque posto in decisione ed eccependo, altresì, la tardività della documentazione prodotta dall'Amministrazione;

Ritenuto che può prescindersi dall'eccezione in ultimo articolata dalla parte ricorrente, risultando il ricorso fondato sotto l'assorbente profilo di cui alla prima censura;

Considerato di poter condividere l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato con la sentenza della Adunanza Plenaria n. 20 giugno 2014, n. 14;

Considerato che con tale pronuncia (ribadita in seguito anche dalla giurisprudenza successiva: cfr. tra le più recenti Cons. Stato, sez. V, sent. 29 maggio 2019, n. 3576) il massimo consesso della Giustizia Amministrativa ha precisato che *“le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006”*;

Considerato che tale principio trova riscontro normativo anche nell'art. 109 del D.Lgs. 50/2016;

Ritenuto quindi che, successivamente alla stipulazione del contratto, *“deve ritenersi insussistente (...) il potere di revoca, poiché: presupposto di questo potere è la diversa valutazione dell'interesse pubblico a causa di sopravvenienze; il medesimo presupposto è alla base del recesso in quanto potere contrattuale basato su sopravvenuti motivi di opportunità (...); la specialità della previsione del recesso di cui al citato art. 134 [oggi art. 109 D. Lgs. N. 50/2016] del codice preclude, di conseguenza, l'esercizio della revoca. Se infatti, (...), nell'ambito della normativa che regola l'attività dell'amministrazione nella fase del rapporto negoziale di esecuzione del contratto (...), è stata in particolare prevista (...) una norma che attribuisce il diritto di recesso, non si può ritenere che sul medesimo rapporto negoziale si possa incidere con la revoca, basata su presupposti comuni a quelli del recesso (la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico per sopravvenienze) e avente effetto analogo sul piano giuridico (la cessazione ex nunc del rapporto negoziale)”*; diversamente opinando *“la norma sul recesso sarebbe sostanzialmente inutile, risultando nell'ordinamento, che per definizione reca un sistema di regole destinate a operare, una normativa priva di portata pratica, dal momento che l'amministrazione potrebbe sempre ricorrere alla meno costosa revoca ovvero decidere di esercitare il diritto di recesso secondo il proprio esclusivo giudizio, conservando in tale modo nel rapporto una posizione comunque privilegiata”* nell'ambito di un rapporto negoziale già instaurato ed in cui vengono in rilievo posizioni sostanzialmente paritarie;

Considerato che i predetti principi, condivisi dal Collegio, possono trovare applicazione al caso di specie, con conseguente illegittimità dei provvedimenti impugnati, impregiudicato il diritto potestativo dell'Amministrazione di agire secondo il differente schema civilistico del “recesso” al fine di valorizzare le “sopravenienze” prese in considerazione;

Ritenuto che il ricorso va, quindi, accolto con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati, assorbita ogni altre censura ed eccezione;

Ritenuto che le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Amministrazione regionale intimata al pagamento delle spese di lite in favore della parte ricorrente, che liquida in complessivi € 1.500,00 (Euro millecinquecento/00), oltre accessori e refusione del contributo unificato, come per legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2020, svoltasi in collegamento da remoto ai sensi e per gli effetti dell'art. 84, comma 6, del Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, e del decreto presidenziale n. 48 del 30 maggio 2020, con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Roberto Valenti, Consigliere, Estensore

Sebastiano Zafarana, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Roberto Valenti**

**IL PRESIDENTE**

**Calogero Ferlisi**