

APPALTI: Gara - Aggiudicazione - Provvedimento della P.A. con il quale è posta nel nulla - Perché successivamente alla stipula del contratto è stato accertato il difetto del possesso in capo al concorrente vittorioso di un requisito di partecipazione alla gara - Va qualificato come annullamento in autotutela e non come revoca dell'aggiudicazione.

Cons. Stato, Sez. III, 5 luglio 2022, n. 5589

“[...] Il provvedimento impugnato in primo grado va anzitutto qualificato come annullamento, e non come revoca dell'aggiudicazione, contrariamente a quanto prospettato dall'appellante.

Esso infatti è motivato in relazione ad un profilo genetico di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione, ancorché accertato successivamente alla stipula del contratto: id est il difetto, in capo all'aggiudicatario, di un requisito di partecipazione alla gara [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Roma 2 e di Regione Lazio;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 giugno 2022 il Cons. Giovanni Tulumello e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 1830 del 2022, il T.A.R. del Lazio, sede di Roma, ha rigettato il ricorso proposto dalla Bourelly Health Service S.r.l. per l'annullamento della Deliberazione n. 1547 del 18.07.2019, con la quale la ASL Roma 2 ha disposto in parte qua la risoluzione del contratto REP. 33 del 09.01.2019 relativo all'affidamento del servizio di trasporto secondario infermi (CIG 69647895B3, e degli atti ad essa connessi.

La ricorrente in primo grado ha impugnato l'indicata sentenza con ricorso in appello.

Si sono costituiti in giudizio, per resistere al ricorso, la Regione Lazio e l'A.S.L. Roma 2, che ha preliminarmente riproposto l'eccezione di difetto di giurisdizione rigettata dal T.A.R.

Il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 30 giugno 2022.

2. Il provvedimento impugnato in primo grado ha, come accennato, disposto la risoluzione contrattuale sia per rilevati inadempimenti in sede di esecuzione dello stesso, sia per la riscontrata carenza di due requisiti di partecipazione richiesti: il possesso dell'autorizzazione regionale

necessaria all'espletamento all'interno della Regione Lazio del servizio socio-sanitario appaltato, nonché la disponibilità di una sede operativa sullo stesso territorio regionale.

Il ricorso di primo grado ha contestato la legittimità di tale provvedimento con esclusivo riferimento alla parte relativa all'accertato difetto dei requisiti.

Il T.A.R., rigettata l'eccezione di difetto di giurisdizione (sul presupposto che il *petitum* sostanziale concerne non già la fase esecutiva del rapporto negoziale, ma l'accertamento di un requisito condizionante l'adozione del provvedimento terminale della fase di evidenza pubblica, rispetto al quale il provvedimento gravato si pone quale *contrarius actus*), ha ritenuto il ricorso infondato nel merito, dal momento che è risultato incontestato che la ricorrente non possedesse l'autorizzazione sanitaria regionale necessaria per effettuare il trasporto di infermi in autoambulanza, e che contrariamente a quanto da essa sostenuto la legge di gara richiedeva tale titolo .

3. Va anzitutto esaminata l'eccezione di difetto di giurisdizione riproposta dalla A.S.L. Roma 2.

L'appellante chiede che la stessa venga dichiarata inammissibile, in quanto *“la riproposizione della questione in appello esige la impugnazione di tale autonomo capo della decisione, a nulla rilevando i poteri officiosi del giudice che non possono superare l'effetto di giudicato”*.

L'eccezione di difetto di giurisdizione riproposta con memoria è inammissibile.

Per pacifica giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (*ex multis*, sez III, sentenza n. 5946/2020; sez. V, sentenza n. 5968/2021), *“E' inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere della controversia formulata solo in note defensionali e non con tempestiva proposizione di apposito motivo di appello incidentale contro la sentenza di primo grado, in conformità all'art. 9 del D.Lgs. n. 104 del 2010 per il quale il difetto di giurisdizione nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che in modo implicito o esplicito ha statuito sulla giurisdizione”* (Cons. Stato Sez. V, 17/09/2018, n. 5439; nonché in senso conforme Cons. St., sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 675; id. 30 settembre 2013, n. 4870; id., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1769; id., sez. IV, 15 febbraio 2013, n. 923)”.

4. L'eccezione in questione, nondimeno, è altresì infondata nel merito.

Nel caso in esame il provvedimento impugnato in primo grado va qualificato, per questa parte relativa al (mancato) possesso *ab origine* dei presupposti di partecipazione alla gara, come annullamento dell'aggiudicazione.

Finanche il giudice del riparto mostra di non ritenere in assoluto precluso un esercizio di poteri pubblicistici di autotutela dell'amministrazione pur dopo la stipula del contratto, e in fase di esecuzione dello stesso: *“non potendo escludersi che anche nella fase esecutiva del contratto di*

appalto l'Amministrazione committente disponga di poteri autoritativi, il cui esercizio si manifesti attraverso atti aventi natura provvedimento espressione di discrezionalità valutativa, a fronte dei quali la posizione soggettiva del privato si attegga a interesse legittimo” (Cass. Civ., SU, 18 novembre 2016 n. 23468, che tuttavia in concreto risolve il conflitto a favore della giurisdizione del giudice ordinario).

In tale ultimo giudizio, peraltro, il Pubblico Ministero aveva argomentato le proprie conclusioni difformi (favorevoli al riconoscimento della giurisdizione del giudice amministrativo) osservando come *“la richiesta di subentro si innesta nell'esecuzione del rapporto, ma richiede valutazioni che costituiscono un riflesso della procedura pubblicistica svolta a monte e che, in buona sostanza, danno luogo ad una sorta di riapertura, quanto al soggetto subentrante, della fase di verifica della sussistenza dei requisiti di qualificazione, con correlato esercizio di poteri tipicamente pubblicistici sostanzialmente omologhi a quelli della fase della gara, che non rileva siano attenuati. In altri termini, le esigenze pubblicistiche che informano la fase della gara ritornano immutate nel corso dell'esecuzione, sia pure limitatamente al caso della modificazione soggettiva del contraente, e rendono palese che l'accertamento dei relativi presupposti è effettuato nell'esercizio di un potere che è appunto pubblicistico e viene esercitato al di fuori degli schemi dell'autonomia privata, allo scopo di scongiurare eventuali elusioni della disciplina della gara”;* sicché *“la risoluzione del contratto invocata da Expo non è conseguita all'esercizio di poteri privatistici, bensì è derivata dall'esercizio del potere di riscontro dei requisiti soggettivi”, con la controversia si colloca al di fuori del caso dell'adempimento dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto “ed involge l'esercizio di poteri e valutazioni proprie della fase della gara, connotati dal carattere pubblicistico”, di fronte ai quali “la posizione della subentrante è di interesse legittimo”.*

Per l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione le SS.UU. riconoscono pacificamente la giurisdizione amministrativa, nonostante la presenza del vincolo negoziale: in questo senso la sentenza n. 13296 del 2005, e l'ordinanza n.4508 del 2006.

Nella giurisprudenza amministrativa, in tal senso, Consiglio di Stato, V, sentenza n. 5745/2015: *“l'esercizio della potestà di annullamento d'ufficio nei confronti del rapporto contrattuale è consentito in ipotesi eccezionali e sulla base del riscontro di effettivi vizi di legittimità da cui è affetto il provvedimento contenente la manifestazione di volontà dell'amministrazione prodromica alla stipula del contratto medesimo. (...) Nella medesima linea, la citata ordinanza delle Sezioni unite del 14 maggio 2015, n. 9861 (relativa ad un rapporto di concessione amministrativa) ha affermato che ogniqualvolta l'amministrazione abbia riscontrato, sia pure a posteriori, “vizi genetici attinenti ad un momento antecedente la stipulazione dell'accordo negoziale con la*

controparte privata”, il potere esercitato esibisce i connotati dell’autoritatività e della discrezionalità propri dell’autotutela amministrativa, cosicché le contrapposte posizioni hanno “per regola generale” la consistenza di interesse legittimo e le controversie ad esse relative sono devolute alla giurisdizione amministrativa”.

Come ricordato dalla sentenza di questa Sezione n. 1084/2020, *“Secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la risoluzione anticipata del contratto disposta autoritativamente è di competenza del G.O. solo se incide su un rapporto di natura privatistica in cui le parti sono in condizione di parità, come nel caso dell’inadempimento delle obbligazioni poste a carico dell’appaltatore, non implicando l’esercizio di poteri discrezionali dell’Amministrazione (cfr. Cass., Sez. Un., 10/01/2019, n.489; 31/01/2017, n. 2482; 3/05/2013, n. 10301; 6/09/2010, n. 19049). Così pure nel caso in cui l’Amministrazione pubblica ottenga la risoluzione del contratto invocando la clausola risolutiva espressa, ex art. 1456 cod. civ., la controversia tra le parti contraenti appartiene alla giurisdizione ordinaria per essere l’atto risolutivo esercizio di diritto potestativo governato dal diritto comune e non di poteri autoritativi di matrice pubblicistica dell’amministrazione pubblica nei confronti del privato (Consiglio di Stato sez. V, 19/04/2019, n. 2543) Invece, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo in caso di annullamento d’ufficio di atti appartenenti al procedimento che ha condotto alla stipulazione del contratto, in ordine alla legittimità dell’esercizio dell’autotutela (cfr. Cass., Sez. Un., 9/10/2017, n. 23600; 14/05/2015, n. 9861; 23/10/2014, n. 22554). Così pure allorché, come nella fattispecie, venga esercitato un potere autoritativo di risoluzione contrattuale che implichi o valutazioni di carattere discrezionale circa la convenienza per l’Amministrazione di proseguire nel rapporto già in essere, o la rilevazione in autotutela dell’esistenza di una causa di nullità dell’aggiudicazione, anche successivamente alla stipula del contratto”.*

Il regime indennitario, ed i limiti temporali, dell’esercizio del potere di annullamento di ufficio dell’aggiudicazione pur in pendenza di esecuzione contrattuale, erano stati del resto espressamente disciplinati dal legislatore – sul presupposto implicito dell’esistenza di detto potere – con l’art. 1, comma 136 della legge 30 dicembre 2004, n. 311, abrogato dall’art. 6, comma 2, della legge 7 agosto 2015, n. 124.

5. Quanto chiarito al punto precedente in relazione alla dedotta questione di giurisdizione appare propedeutico ad un corretto inquadramento delle censure oggetto del gravame.

Il provvedimento impugnato in primo grado va anzitutto qualificato come annullamento, e non come revoca dell’aggiudicazione, contrariamente a quanto prospettato dall’appellante.

Esso infatti è motivato in relazione ad un profilo genetico di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione, ancorché accertato successivamente alla stipula del contratto: *id est* il difetto, in capo all'aggiudicatario, di un requisito di partecipazione alla gara.

Se tale requisito fosse o meno necessario, come contesta l'appellante, è poi questione che concerne il merito della pretesa, ed è oggetto di contestazione nel primo motivo di appello (*“error in iudicando – violazione di legge (art. 108 d.lgs. 50/2016 – dm 137/2009 – dm 553/1987) – violazione della lex specialis – eccesso di potere (erroneità del presupposto – illogicità manifesta – iniquità – pretestuosità – sviamento)”*).

L'appellante nega che il requisito in parola (l'autorizzazione regionale) fosse espressamente previsto, e contesta che potesse desumersi dalla previsione del Capitolato (art. 4), secondo la quale la partecipazione alla procedura implicava il possesso dei requisiti richiesti dalla normativa vigente per il trasporto infermi sia nazionale che regionale; né dall'art. 36 del Disciplinare.

5.1. Vanno in proposito richiamate le disposizioni della legge di gara implicate.

L'art. 4 del Capitolato (*“Requisiti previsti per la partecipazione”*) stabiliva che *“Il servizio sarà garantito con mezzi propri forniti di licenza per l'uso richiesto e specifico, nonché dotati di regolare certificato di omologazione. L'impresa aggiudicataria dovrà essere in possesso dei requisiti richiesti dalla normativa vigente per il trasporto delle categorie suindicati di utenti, sia di rango nazionale che regionale, e pertanto idonei a garantire la particolarità e finalità del servizio”*.

Il successivo art. 5 prevedeva, tra l'altro, che *“Il servizio dovrà essere garantito e svolto con mezzi il cui periodo di costruzione non sia antecedente all'anno 2012, forniti di tutte le licenze, autorizzazioni ed omologazioni disposte dalla vigente normativa di riferimento, della quali la ditta dovrà rendere esplicita menzione, provvedendo altresì a produrre le relative certificazioni a semplice richiesta della Stazione appaltante”*.

Infine, l'art. 34 del Disciplinare di Gara (*“Norme di rinvio”*), stabiliva che *“Per quanto non disciplinato dal presente capitolato si rinvia al D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50, al codice civile, al codice penale nonché alla restante normativa vigente in materia”*.

5.2. L'art. 1, comma 5, della legge regionale del Lazio 17 luglio 1989, n. 49, stabilisce che *“L'autorizzazione all'esercizio da parte di enti ed organizzazioni private od associazioni di volontariato delle attività di trasporto di infermi e feriti e concessa dal Presidente della Giunta regionale che all'uopo può delegare l'assessore regionale alla sanità, igiene ed ambiente, previo accertamento dei requisiti tecnici effettuato dai competenti servizi dell'unità sanitaria locale nel cui territorio sono ubicate le rispettive sedi”*.

5.3. La disposizione regionale da ultimo citata subordina l'esercizio dell'attività di trasporto infermi all'interno della regione Lazio al possesso della relativa autorizzazione regionale.

L'art. 4 del Capitolato della gara in questione richiedeva ai partecipanti di *“essere in possesso dei requisiti richiesti dalla normativa vigente per il trasporto delle categorie suindicati di utenti, sia di rango nazionale che regionale”*.

Dunque, nel Lazio è requisito indefettibile per lo svolgimento dell'attività di trasporto di infermi il possesso dell'apposita autorizzazione, e la legge di gara richiedeva il possesso dei requisiti previsti dalla normativa anche regionale per lo svolgimento delle attività oggetto del contratto.

Il primo motivo è dunque infondato.

6. Con il secondo motivo di appello (*“– error in iudicando – violazione di legge (art. 108 d.lgs. 50/2016 – dm 137/2009 – dm 553/1987) – violazione della lex specialis – eccesso di potere (erroneità del presupposto – illogicità manifesta – iniquità – pretestuosità – sviamento)”*) la ricorrente contesta di essere tenuta all'ottenimento dell'autorizzazione regionale *de qua*, essendo stata autorizzata al trasporto infermi in altra regione.

Secondo tale prospettazione, sarebbe *“sufficiente una verifica del possesso dei requisiti tecnici prescritti dall'art. 3 della L.R. 49/89”*, da essa posseduti.

Anche questa censura è infondata.

L'attività di trasporto infermi nella Regione Lazio non è attività liberalizzata, ma è soggetta a regime amministrativo.

In particolare, l'autorizzazione è il provvedimento attraverso cui l'amministrazione accerta il possesso dei requisiti, anteriormente all'inizio dell'attività: si tratta di una tipologia provvedimento che ha la funzione di verifica preventiva della compatibilità dell'attività autorizzanda, soggetta a regime amministrativo, con gli interessi superindividuali potenzialmente con essa confliggenti

La disposizione regionale in parola – richiamata dal capitolato, come sopra chiarito, in punto di ricognizione dei requisiti – è dunque oltremodo chiara nell'abilitare gli operatori allo svolgimento del servizio secondo lo schema norma-potere-effetto: sicché l'affermato possesso dei requisiti per l'ottenimento dell'autorizzazione, rispondente al diverso schema norma-fatto-effetto, non può considerarsi avere effetti equipollenti al rilascio della stessa, proprio per il mancato esercizio del potere di controllo (preventivo) dell'amministrazione cui la disposizione, in ragione della natura degli'interessi coinvolti, subordina l'esercizio della relativa attività economica.

7. Con il terzo motivo di appello (*“error in iudicando – violazione di legge (art.108 d.lgs. 50/2016 – dm 137/2009 – dm 553/1987) – violazione della lex specialis – eccesso di potere (erroneità del*

presupposto – illogicità manifesta – iniquità – pretestuosità – sviamento”) la ricorrente contesta la sentenza gravata nella parte in cui *“ha ritenuto logico che tra i requisiti (implicitamente) figurasse la autorizzazione regionale, perché “in mancanza del predetto requisito non è possibile effettuare la prestazione oggetto dell’appalto”.*

Il mezzo è infondato per quanto illustrato a proposito del primo motivo: nella Regione Lazio l’esercizio dell’attività in parola è subordinato al possesso della prescritta autorizzazione, sicché appare del tutto illogico ammettere alla gara chi ne sia privo, posto che ciò lo pone nell’impossibilità di eseguire la prestazione negoziale.

Va poi osservato che la fattispecie dedotta nel presente giudizio è strutturalmente diversa rispetto a quella oggetto della sentenza di questa Sezione n. 8353/2021; in quel caso infatti il provvedimento autorizzatorio ottenuto in altra regione è stato ritenuto equipollente non in quanto tale, ma in quanto collegato all’accreditamento, sicché le garanzie del controllo pubblicistico di idoneità del soggetto erano assicurate dal diverso accertamento compiuto in tale sede: *“essendo la previsione del possesso di accreditamento istituzionale regionale collegata anche alla presupposta autorizzazione regionale, un soggetto autorizzato ed accreditato in Lombardia – come è nel caso di specie – deve essere necessariamente ammesso alla partecipazione alla gara per l’affidamento dell’appalto, di cui si controverte, perché i requisiti per ottenere l’autorizzazione sanitaria e l’accreditamento non differiscono da Regione a Regione”.*

8. Con il quarto e quinto motivo di appello vengono riproposti i due motivi del ricorso di primo grado non esaminati dal T.A.R. (in ragione del carattere dirimente del rigetto delle censure relative al possesso dell’autorizzazione regionale).

In particolare, il quarto motivo è rivolto contro la legge della gara ove interpretata nel senso ritenuto dalla stazione appaltante; mentre il quinto lamenta un difetto di istruttoria in relazione all’accertamento dell’asserito possesso dei requisiti tecnici prescritti dalla L.R. 49/1989.

8.1. Il quarto motivo, come accennato, lamenta che la legge di gara, nella parte in cui prevede sia il possesso dell’autorizzazione regionale che la disponibilità di una sede operativa nella Regione Lazio, sarebbe *“discriminatoria nei confronti degli operatori economici che, pur volendo concorrere alla gara in oggetto, non possiedono alla data di partecipazione i suddetti requisiti. (...) Viene dunque operata dalla Stazione Appaltante una illegittima restrizione a monte del mercato dei concorrenti senza che esistano specifiche ragioni tecniche e/o giuridiche alla base di detta scelta e senza che la stazione appaltante si sia neanche preoccupata di motivare adeguatamente detta deroga contra legem”.*

Il mezzo è infondato.

In argomento ritiene il Collegio che appare dirimente la tardività della censura rivolta – solo dopo la partecipazione alla gara, l’aggiudicazione della stessa e l’annullamento in autotutela di quest’ultima – verso clausole escludenti (qualificate come tali dallo stesso appellante a pag. 14 del ricorso in appello) della legge di gara.

L’appellante, pur in presenza di una legge di gara inequivoca nella perimetrazione dei requisiti, e pur nella consapevolezza del mancato possesso degli stessi, ha partecipato alla gara senza porre in discussione la legittimità di tale previsione.

Inoltre la censura è anche infondata nel merito, perché la previsione della necessità di una sede operativa nel territorio regionale non appare discriminatoria, essendo misura assolutamente proporzionata alla necessità di assicurare una efficiente gestione del servizio: d’altra parte la clausola in questione non restringe affatto la partecipazione alla gara alle imprese che abbiano sede nel territorio regionale, ma richiede unicamente e ragionevolmente che, sul piano operativo, i partecipanti si dotino di una struttura organizzativa funzionale all’efficiente gestione del servizio.

Per quanto riguarda inoltre la questione dell’autorizzazione regionale, ferma restando la già rilevata tardività della censura, lo stesso appellante a pag. 13 del ricorso in appello ammette la problematicità della “applicazione diretta delle norme comunitarie di settore (...) nonostante trattasi di settore escluso”.

D’altra parte – e fermo restando l’errore prospettico, sopra rilevato, su cui si fonda la tesi dell’equipollenza che sorregge la pretesa dell’appellante anche nel profilo articolato nel motivo in esame – l’appellante non dimostra che l’autorizzazione ottenuta in altra regione consegua ad un accertamento coincidente con quello propedeutico al rilascio del titolo richiesto dalla legge di gara.

8.2. Per analoghe ragioni legate all’erroneità del presupposto interpretativo, il quinto motivo è infondato per le ragioni già poste a fondamento del rigetto del secondo motivo: non è l’affermato, o accertato *ex post*, possesso dei requisiti a rilevare, ma il suo accertamento preventivo ad opera del provvedimento autorizzatorio.

9. Con il sesto motivo di appello viene censurata “*in via derivata, la nuova procedura negoziata, avviata dalla ASL Roma 2, ai sensi dell’art. 63 co. 2 lett. c e co. 6 D.lgs. 50/2016, per l’affidamento del servizio di trasporto secondario infermi*”.

Il mezzo è infondato perché suppone la fondatezza – in realtà esclusa – dei precedenti motivi.

10. Il ricorso in appello è pertanto infondato, e come tale deve essere rigettato,

Le spese del giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la regola della soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento in favore delle parti appellate delle spese del presente giudizio, liquidate in complessivi euro tremila/00 oltre accessori per ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Massimiliano Noccelli, Presidente FF

Raffaello Sestini, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Antonella De Miro, Consigliere

IL SEGRETARIO