



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 349 del 2014, proposto da:
Nikon Instruments S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Camerini,
Ugo Franceschetti, con domicilio eletto presso Francesco Avv. Camerini in
L'Aquila, Via Garibaldi,62;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale - Teramo, rappresentato e difeso dall'avv. Gabriella
Zuccarini, con domicilio eletto presso Tar Segreteria in L'Aquila, Via Salaria Antica
Est;

***per l'annullamento del provvedimento n. 432 del 10.4.2014 dell'azienda unità
sanitaria locale di Teramo, u.o.c. acquisizione beni e servizi, di revoca della
delibera n. 408 del 16.5.2012 di aggiudicazione della fornitura di
apparecchiature mediche da destinare all'uso di fisiopatologia della
riproduzione e procreazione medicalmente assistita (pma) del presidio
ospedaliero di Teramo***

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Unità Sanitaria Locale - Teramo;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 aprile 2015 la dott.ssa Lucia Gizzi e
uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso ritualmente notificato, la Nikon Instrument Spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, impugnava il provvedimento n. 432 del 10.4.2014 della Asl di Teramo, con cui era stata revocata la delibera n. 408 del 16.5.2012 di aggiudicazione della fornitura di apparecchiature mediche da destinare all'Uosd di Fisiopatologia della riproduzione e procreazione medicalmente assistita del Presidio ospedaliero di Teramo.

Parte ricorrente premetteva che, all'esito della procedura negoziata avviata con la lettera di invito n. 681 del 28.2.2012, la Asl di Teramo le aggiudicava, con il criterio del prezzo più basso, l'appalto per la fornitura di apparecchiature varie da destinare all'Uosd di Fisiopatologia della riproduzione e procreazione medicalmente assistita del Presidio ospedaliero di Teramo, con il provvedimento n. 408 del 16.5.2012. Successivamente, con la nota n. 13273 del 29.5.2012, la Asl le comunicava l'avvenuta aggiudicazione e la invitava a dar corso alla fornitura del materiale, decorso il termine di 35 giorni dalla data di trasmissione della stessa. Con nota n. 24459 del 21.9.2012, la Asl invitava nuovamente la ricorrente ad effettuare la fornitura di cui all'aggiudicazione, mentre con successiva nota n. 27523 del 19.10.2012 invitava la ricorrente a sospendere la suddetta consegna. A seguito di corrispondenza tra la Stazione appaltante e l'aggiudicataria, con nota n. 10446 del 21.2.2014, la Asl comunicava l'avvio del procedimento di revoca dell'avvenuta

aggiudicazione e, con il provvedimento n. 432 del 10.4.2014, procedeva alla revoca dell'aggiudicazione stessa.

Avverso questo atto, insorgeva la società ricorrente deducevano violazione di legge ed eccesso di potere, in quanto l'ordine del materiale oggetto di fornitura da parte della Stazione appaltante in data 29.5.2012 equivaleva, ai sensi dell'art. 334, comma 2, del Dpr n. 207 del 2010, a stipula del contratto, con la conseguenza che la Stazione appaltante non poteva più revocare l'aggiudicazione, ma al più recedere dal contratto.

Insomma, avendo l'atto di aggiudicazione esaurito i suoi effetti con la stipula del contratto, la sua revoca era illegittima.

La società ricorrente avanzava, altresì, domanda di risarcimento del danno emergente, pari al valore dei beni acquistati per effetto dell'ordine ricevuto, del lucro cessante, pari al valore del contratto stipulato e non eseguito, e del danno curricular e di immagine commerciale, derivatole dall'illegittima revoca adottata dalla Stazione appaltante. In subordine, si chiedeva il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, ovvero il pagamento dell'indennizzo ex art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990.

Si costituiva in giudizio la Asl resistente, insistendo per l'infondatezza del ricorso.

Alla pubblica udienza del 29.4.2015, la causa è stata trattenuta in decisione, previo avvertimento, ex art. 73 c.p.a., del possibile difetto di giurisdizione.

2. Il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice adito.

Nel caso di specie – relativo ad una procedura negoziata per la fornitura di apparecchiature mediche da destinare all'Uosd di Fisiopatologia della riproduzione e procreazione medicalmente assistita del Presidio ospedaliero di Teramo, aggiudicata alla società ricorrente con la delibera n. 408 del 16.5.2012 – l'Amministrazione resistente, accertato “un oggettivo mutamento della situazione di fatto sussistente al momento dell'adozione della deliberazione n. 408 del 2012,

nonché sopravvenuti motivi che hanno determinato una necessaria rivisitazione dell'interesse di questa Amministrazione all'esecuzione della fornitura, atteso che trattasi di apparecchiature inutilizzabili sia in altre unità operative, sia nei centri di I livello così come individuati per l'Azienda Usl di Teramo nel decreto Regione Abruzzo n. 54 del 26.10.2012", ha revocato il provvedimento di aggiudicazione.

Nonostante il provvedimento in esame parli espressamente di revoca dell'aggiudicazione", la circostanza che essa sia intervenuta dopo la conclusione del procedimento di affidamento e della stipulazione, con l'aggiudicatario, del contratto di fornitura e che le ragioni di detta revoca siano individuate in una situazione sopravvenuta che ha reso impossibile o comunque non più utile per la Stazione appaltante l'esecuzione del contratto stesso giustifica la sua qualificazione in termini di recesso dal relativo contratto.

Ritiene, infatti, il Collegio che, come dedotto da parte ricorrente, nel caso di specie si sia verificata la stipulazione del contratto.

Ed invero, a seguito dell'adozione della delibera di aggiudicazione definitiva n. 408 del 16.5.2012, la Asl resistente, con la nota n. 13273 del 29.5.2012, ha comunicato alla società ricorrente l'avvenuta aggiudicazione in suo favore della fornitura in oggetto e la ha invitata "a dar corso alla fornitura del materiale in argomento, decorso il termine dilatorio di 35 giorni dalla data di trasmissione della presente comunicazione". Con successiva nota n. 24459 del 21.9.2012, la Asl ha invitato nuovamente la ricorrente ad effettuare la fornitura di cui alla disposta aggiudicazione, tenuto conto dell'esito positivo del giudizio cautelare instaurato, contro la delibera di aggiudicazione n. 408 del 2012, dalla Biocare Europe.

Con la nota n. 27523 del 19.10.2012, poi, la Asl resistente ha inviato la ricorrente a sospendere la consegna del materiale e delle apparecchiature in questione, stante la temporanea indisponibilità della struttura operativa di Fisiopatologia della riproduzione e procreazione medicalmente assistita del Presidio ospedaliero di

Teramo, essendo la stessa sottoposta a sequestro preventivo.

Tanto premesso, rileva il Collegio che, con le comunicazioni in esame e con la successiva disponibilità manifestata dalla Nikon Instruments Spa di adempiere all'offerta a suo tempo presentata, può considerarsi concluso il contratto di fornitura di cui alla lettera di invito n. 681 del 28.2.2012.

L'art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006 – chiarito che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta e ritenuto necessario, quindi, che, per sorgere il vincolo negoziale vincolante per le parti, debba intervenire la stipulazione del contratto – prevede che la stipulazione del contratto di appalto ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, e che il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 79.

Peraltro, chiarisce il comma 13, il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice o mediante scrittura privata.

Nel caso di specie, come si è visto, a seguito dell'aggiudicazione definitiva, con atto scritto, la Asl resistente ha comunicato alla società aggiudicataria di dare corso alla fornitura, alle condizioni economiche e secondo le configurazioni tecniche specificate nell'offerta presentata in sede di procedura di gara dalla società stessa e accolta con la deliberazione di aggiudicazione n. 408 del 2012, specificando che la liquidazione del corrispettivo sarebbe avvenuta a seguito di collaudo positivo e presentazione di fattura.

Considerato che le condizioni della fornitura risultano con estrema chiarezza e precisione, sia sul piano economico che materiale, dall'offerta presentata dalla

società ricorrente così come accolta dal provvedimento di aggiudicazione definitiva, con l'ordine del materiale oggetto della fornitura affidata alla società ricorrente da parte della stazione appaltante e con la disponibilità dalla stessa manifestata può ritenersi concluso il contratto di fornitura. A dimostrazione di ciò, la Stazione appaltante, con la nota n. 13273 del 29.5.2012, ha disposto che la fornitura avvenisse decorso il termine dilatorio di 35 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'art. 11, comma 10, del d.lgs. n. 163 del 2010.

Peraltro, il requisito della forma scritta del contratto non richiede che offerta e accettazione della stazione appaltante e dell'aggiudicatario siano contenuti in un unico documento contrattuale, ben potendo risultare, come nel caso di specie, da una scrittura della PA contenente il preciso e chiaro intendimento di dar corso ed esecuzione, alle condizioni indicate nell'offerta e accolte nell'atto di aggiudicazione, all'appalto oggetto della procedura di gara.

Alla luce delle considerazioni svolte, appare evidente che la revoca gravata sia intervenuta dopo la conclusione del procedimento di affidamento e della stipulazione, con l'aggiudicataria, del contratto di fornitura, per ragioni individuate in una situazione sopravvenuta che ha reso impossibile o comunque non più utile per la stazione appaltante l'esecuzione del contratto stesso.

In proposito, si ricorda che, con la recente sentenza n. 14 del 2014, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le pubbliche amministrazioni se, dopo aver stipulato il contratto di appalto, rinvencono 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 disciplinato dall'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Il provvedimento gravato deve, quindi, essere ricondotto all'esercizio di un diritto

potestativo.

Ciò premesso e richiamato il netto discrimine che l'art. 133, comma 1, lett. e), n.1, c.p.a. introduce tra la fase della scelta del contraente con la pubblica amministrazione, retta da norme cc.dd. "di azione" che involgono un sindacato proprio della discrezionalità amministrativa devoluto a questo giudice, e la fase dell'esecuzione del contratto conseguente a tale scelta, concettualmente non diverso dai contratti stipulati tra i soggetti privati e, pertanto, naturalmente ricadente nella giurisdizione del giudice ordinario (Cons. Stato n. 2045 del 2014), deve ritenersi che la controversia in esame non rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Ed invero, nell'ambito dell'esecuzione del contratto le uniche ipotesi di devoluzione della materia alla cognizione del giudice amministrativo sono tassativamente individuate dal susseguente n. 2 della stessa lettera dello stesso art. 133, contemplante le controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'art. 115 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'art. 133, commi 3 e 4, c.p.a.

Per il recesso, viceversa, permane la giurisdizione del giudice ordinario trattandosi di disciplina legislativa che comunque configura tra le parti una posizione paritetica (cfr. sul punto, ex plurimis, Cons. Stato, n. 4025 del 2014, Cass. SS.UU., n. 28345 del 2008; Cons. Stato, n. 469 del 2010).

Anche nel caso in esame, la controversia, non riguarda la fase pubblicistica di scelta del contraente, che si è conclusa con l'aggiudicazione e la stipula del contratto, ma la fase privatistica, relativa alla corretta esecuzione di esso.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso va dichiarato inammissibile per

difetto di giurisdizione del giudice adito. Ai sensi dell'art. 11, comma 1, c.p.a., indica il giudice ordinario come giudice munito di giurisdizione sulla presente controversia.

Attesa la definizione in rito della controversia, possono compensarsi le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice adito.

Spese compensate.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2015 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Mollica, Presidente

Maria Abbruzzese, Consigliere

Lucia Gizzi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/05/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)