



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 il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 15173 del 2019, proposto da Netquadro Rete di Imprese, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Franco Coccoli, Alessandro Daino, Lorenzo Aureli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Locale Roma 5 - Tivoli non costituito in giudizio;

Azienda Sanitaria Locale Roma 5, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano D'Acunti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Wilocs S.R.L, Odontart S.R.L non costituiti in giudizio;

Wilocs S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Silvia Felicetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Giuseppe

Mazzini, 25;

per l'annullamento

a) della deliberazione n. 1453 del 15 novembre 2019 con la quale la Asl Roma 5 - Tivoli ha annullato in autotutela la deliberazione della medesima Asl n. 310 del 27 aprile 2018 (avente ad oggetto “Procedura aperta su piattaforma telematica Net4market per la fornitura mediante contratto di somministrazione di manufatti odontotecnici (protesici ed ortodontici) occorrenti alle AA.SS.LL. appartenenti all’area di Aggregazione 1 - Roma 4, Roma 5, Rieti e Viterbo. Approvazione elenco ditte ammesse alle fasi successive di gara”) nella parte in cui ha ritenuto la NetQuadro Rete di Imprese in possesso dei requisiti prescritti dal disciplinare di gara, con conseguente esclusione della NetQuadro dalla procedura di gara;

b) ove occorrer possa, dell’art. 7 del disciplinare di gara, approvato con deliberazione della Asl Roma 5 - Tivoli n. 737 del 27 ottobre 2017, qualora interpretato come ostativo alla partecipazione della NetQuadro Rete di Imprese alla procedura di gara indetta con la medesima deliberazione;

c) di ogni altro atto a questi presupposto, preparatorio, conseguente e comunque connesso ad oggi non conosciuto dalla ricorrente e, in particolare, per quanto occorrer possa, della nota prot. 13705 del 14 maggio 2019, di avvio del procedimento ai sensi dell’art. 7 della legge n. 241/1990

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Roma 5 e di Wilocs S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2020 il dott. Riccardo Savoia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

La ricorrente espone:

che con deliberazione n. 737 del 27 ottobre 2017 la Asl Roma 5 Tivoli indiceva una procedura di gara aperta ai sensi dell'art 60 del D.Lgs. n. 50/2016 per la fornitura di manufatti odontotecnici

(protesici ed ortodontici) occorrenti alle Aziende sanitarie locali appartenenti all'area di Aggregazione I - Roma 4, Roma 5, Rieti e Viterbo, per il periodo di tre anni eventualmente rinnovabile per un anno;

che partecipava alla procedura anche la NetQuadro Rete di Imprese, quale aggregazione tra imprese aderenti al contratto di rete stipulato in data 2 marzo 2016 ai sensi dell'art. 3, comma 4 ter del D.L. n. 5/2009, convertito con modificazioni dalla legge n. 33/2009 (cfr. doc. n. 3);

che con deliberazione n. 310 del 27 aprile 2018 l'Asl Roma 5 Tivoli approvava l'elenco definitivo degli operatori economici ammessi alle fasi successive di gara, in cui erano ricompresi, oltre alla NetQuadro Rete di Imprese, anche il costituendo raggruppamento tra la Wilocs S.r.l. (mandataria), il Laboratorio H.D.T. S.r.l. ed il Centro Odontoiatrico Dental Gaia S.r.l. (mandanti) nonché il costituendo raggruppamento tra la Odontart S.r.l. (mandataria) e la Odontotecnica B. Rinaldi & C. S.r.l. (mandante) (cfr. doc. n. 4);

che, assume la ricorrente, in assenza di contestazioni da parte dei partecipanti alla procedura il medesimo provvedimento si consolidava e diveniva inoppugnabile ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis c.p.a., nel testo all'epoca vigente;

che nel corso della seduta di gara pubblica del 10 dicembre 2018 poi, la Commissione giudicatrice individuava l'offerta della NetQuadro Rete di Imprese come la migliore per quanto concerne i

lotti n.1, n.2 e n.3, proponendo di procedere all'aggiudicazione dei suddetti lotti in favore di quest'ultima;

che nella seduta riservata del 21 febbraio 2019, quindi, la Commissione e il RUP procedevano alla valutazione delle giustificazioni relative all'offerta formulata dalla NetQuadro, ritenendole congrue, sicchè la NetQuadro restava in attesa del provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura;

che invece, con nota prot. n. 13705 del 14 maggio 2019 (cfr. doc. n. 2), la ASL comunicava l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela della deliberazione recante l'elenco degli ammessi alla procedura di gara (deliberazione n. 310 del 27 aprile 2018), nella parte in cui la NetQuadro era stata ritenuta in possesso dei requisiti prescritti dal disciplinare di gara.

L'Amministrazione, in particolare, motivava tale determinazione sulla base della circostanza - evidenziata da due analoghe segnalazioni trasmesse all'Amministrazione dalla Wilocs S.r.l e dalla Odontart S.r.l. (cfr. note del 6 febbraio 2019 e del 30 gennaio 2019 - docc. nn. 5 e 6) - secondo cui l'odierna ricorrente, al momento della presentazione della domanda di partecipazione, non sarebbe stata in possesso "in proprio" dei requisiti previsti dalla lex specialis;

che in riscontro alla citata comunicazione, con nota del 2 luglio 2019 la NetQuadro formulava le proprie osservazioni (doc. n. 7), ma con deliberazione n. 1453 del 15 novembre 2019, tuttavia, l'Amministrazione annullava in autotutela il provvedimento di approvazione dell'elenco degli

operatori economici ammessi alle fasi successive di gara nella parte in cui aveva ritenuto la NetQuadro in possesso dei requisiti prescritti dal disciplinare di gara (cfr. doc. n. 1).

Ciò in quanto - a dire della P.A. - al momento della presentazione della domanda di partecipazione la NetQuadro Rete di Imprese non sarebbe stata in possesso "in proprio" né del numero di iscrizione al Ministero della Salute a sensi del D.Lgs. n. 46/1997 né della abilitazione tecnico-sanitaria rilasciata dalla ASL di competenza, avendo attestato il possesso di tali requisiti soltanto da parte di ciascuna delle imprese aderenti alla NetQuadro.

Il provvedimento veniva impugnato, deducendosene l'illegittimità per violazione dell'art.1 novies della legge n.241/90, eccesso di potere per insussistenza dell'interesse pubblico all'annullamento in autotutela e per gli altri vizi in ricorso, confluenti nella contestazione di fatto del possesso dei requisiti in capo alle imprese

retiste e non alla ditta presentatrice dell'offerta.

Si è costituita l'amministrazione controdeducendo puntualmente e richiamando la delibera ANAC che sul punto esprime contrario avviso alla tesi ricorsuale.

All'odierna camera di consiglio, ritenuti sussistenti i presupposti ex art.60 cpa, la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso è fondato per l'assorbente censura postulante la violazione dell'art.21 novies lee n.241/90.

Tale disposizione - nella versione vigente risultante dalle modifiche apportate dall'art. 6, comma 1, della legge n. 124/2015 - prevede che l'Amministrazione possa esercitare il proprio potere di annullamento in autotutela entro e non oltre il termine massimo di diciotto mesi decorrente dall'adozione del provvedimento ritenuto illegittimo.

La norma richiamata, dunque, al fine di tutelare il legittimo affidamento serbato dai privati sulla stabilità delle determinazioni amministrative prevede un rigido limite temporale alla possibilità,

per la P.A., di esercitare il potere di autotutela, segnando così il definitivo superamento della teoria dell'inconsumabilità di tale potere (cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 14 novembre 2019, n. 7831).

Nel caso di specie, mentre il provvedimento oggetto di annullamento, e cioè a dire la delibera n. 310/2018 di approvazione dell'elenco definitivo degli operatori economici ammessi alle successive fasi della procedura, è stato adottato in data 27 aprile 2018 (cfr. doc. n. 4), il provvedimento di annullamento in autotutela in questa sede impugnato è stato adottato dall'Amministrazione solo in data 15 novembre 2019, quindi 18 giorni dopo la scadenza del termine di diciotto mesi previsto dal citato art. 21 novies (come riconosciuto dalla stessa amministrazione).

L'amministrazione riconosce lo sfioramento del termine, ma ne deduce l'irrelevanza sulla scorta di una duplice considerazione: da un lato in relazione all'aggiudicazione provvisoria (o proposta di aggiudicazione) - l'annullamento d'ufficio degli atti endoprocedimentali adottati

prima dell'aggiudicazione definitiva non potrebbe configurarsi come esercizio del potere di autotutela in

senso stretto, in considerazione della natura provvisoria ad effetti instabili di tali provvedimenti; dall'altro il provvedimento annullato non potrebbe essere qualificato fra quelli ricompresi nel disposto del citato art. 21 novies, vale a dire provvedimento autorizzatorio in senso stretto.

Inoltre il termine sarebbe stato violato per soli 18 giorni, quindi un termine davvero esiguo.

Osserva invece la ricorrente che la P.A. ha annullato in autotutela un provvedimento di ammissione dei partecipanti alla procedura di gara adottato nella vigenza dell'art. 120, comma 2 bis c.p.a. che - nel testo applicabile *ratione temporis* - disponeva che "...il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante...", precisando inoltre che "...l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale...".

Si tratta, dunque, di un provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni dalla procedura che - nel sistema delineato dal su riportato art. 120, comma 2 bis, c.p.a. - essendo finalizzato a cristallizzare la platea dei partecipanti alla gara a seguito della valutazione sulla sussistenza dei requisiti (soggettivi, economico finanziari e tecnico-professionali) richiesti dalla *lex specialis* e

consentendo la definitiva individuazione dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte, si configura come atto definitivo, inoppugnabile e a effetti irreversibili (cfr., tra le varie, Cons. di Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4).

Di talché, non vi è alcun dubbio che il provvedimento recante le ammissioni alle

successive fasi (valutative) di gara - divenuto, come detto, inoppugnabile in ragione dell'assenza di qualsivoglia

contestazione in merito al suo contenuto da parte dei partecipanti alla procedura - era certamente idoneo, in ragione della sua natura stabile a effetti irreversibili, a ingenerare nell'odierna ricorrente un legittimo affidamento in ordine alla legittimità della sua partecipazione alla procedura.

Il motivo è fondato , come detto, e pure assorbente, negandosi in radice la possibilità di adozione dell'atto impugnato.

La nozione degli atti di "autorizzazione" e degli atti "attributivi di benefici

tutti gli atti ampliativi della sfera giuridica dei destinatari, e l'ammissione alla gara lo è certamente.

Il "termine ragionevole" per gli atti diversi da autorizzazioni e atti attributivi di

dalla data dell'atto, o dalla data di scoperta dei suoi vizi; la ratio della disposizione, volta a censurare l'inerzia dell'amministrazione a fronte di un affidamento viepiù ingeneratosi nel privato , nel silenzio della legge, conduce con una esegesi restrittiva a ritenere che il termine, sia esso quello elastico "ragionevole" sia esso quello rigoroso dei 18 mesi, decorra sempre dall'adozione dell'atto, e non da altri possibili e successivi momenti (efficacia dell'atto, conoscenza in capo al destinatario, conoscenza dei vizi da parte della p.a.);

Entro i 18 mesi (ovvero entro il termine ragionevole) l'atto di autotutela va adottato ed esternato, non basta dunque che entro il termine legale sia solo avviato il procedimento di autotutela, ne❖? basta che l'atto sia solo adottato e non anche portato a conoscenza dei destinatari: sul punto il parere n.839/2016 del Consiglio di stato è chiaro nel richiamare tale assunto, ond'evitare una prassi elusiva ove si ritenesse che "per il rispetto del termine di diciotto mesi sia sufficiente un mero

avvio dell'iter dell'autotutela, magari privo di motivazioni e destinato a protrarsi per anni, mentre invece il termine va riferito alla compiuta adozione degli atti di auto-annullamento o, nel caso della Scia, degli atti inibitori, repressivi o conformativi».

Dunque, riassumendo, l'amministrazione avrebbe dovuto nei 18 mesi dalla data di adozione del provvedimento oggetto di autotutela adottare e comunicare – atteso, a questo punto, il riconosciuto carattere recettizio del provvedimento di autotutela – l'annullamento.

A questo punto è rilevante la scelta dell'amministrazione sull'individuazione dell'atto sul quale esercitare l'autotutela.

Difatti non viene annullata l'aggiudicazione provvisoria, di talchè l'eccezione sulla natura meramente endoprocedimentale potrebbe essere fondata, bensì l'atto di ammissione alla gara, che assume quel carattere di definitività correttamente dedotto dalla ricorrente, inerendo alla conclusione di quella fase procedimentale che, nella lettura dell'art.120 cpa all'epoca vigente, doveva assicurare certezza alla successiva fase di apertura delle offerte, senza cioè che potessero più invocarsi questioni afferenti i requisiti di partecipazione delle ditte ammesse, in tesi legittimamente.

Ma se così è, vale a dire se in capo al partecipante si era creato il consistente affidamento della legittimità della sua partecipazione, peraltro all'epoca incontestata, l'amministrazione – unica, a questo punto, una volta decorsi i termini per l'impugnativa dell'ammissione da parte delle altre ditte ammesse, a poter escludere la ricorrente--avrebbe potuto farlo solo nel rispetto dei termini ex art.21novies – sul punto non vi è la diversa questione, sulla razionalità e ragionevolezza della previsione che ammette lo sfioramento del termine solo in caso di reato relativo alla mendacità della dichiarazione, senza contemplare altre e rilevanti fattispecie di reato, come per esempio ipotesi corruttive -.

Conseguentemente il ricorso va accolto, dovendosi assorbire i motivi pertinenti la esistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi di partecipazione alla gara, attinenti al

quomodo una volta escluso l'an, ovvero il potere di autotutela, con annullamento del provvedimento impugnato.

Le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto annulla l'atto impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente, Estensore

Massimo Santini, Consigliere

Paolo Marotta, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO