

Gli effetti della autotutela amministrativa sul contratto di appalto pubblico

di Paolo Fontana

Data di pubblicazione: 3-4-2017

(conferma TAR Puglia, Bari, Sez. I, 7 luglio 2016 n. 867). Pres. Lipari, Est. Noccelli.

Dopo la stipula di un contratto di appalto, l'Amministrazione procedente non può più revocare l'aggiudicazione definitiva *ex art. 21-quinquies* della l. n. 241/1990, dovendo invece ritenersi consentito l'annullamento d'ufficio di cui all'*art. 21-nonies* della l. n. 241/1990.

All'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva consegue l'automatica caducazione degli effetti negoziali del contratto, per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipula dello stesso.

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Il Consiglio di Stato torna ad occuparsi della questione relativa agli strumenti di autotutela pubblicistica a disposizione dell'Amministrazione nei confronti dell'aggiudicazione definitiva di un appalto, nei casi in cui il relativo contratto sia stato già stipulato.

L'aspetto di maggior interesse della sentenza è l'accertamento degli effetti prodotti sul contratto a seguito dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione.

In sintesi, la *quaestio facti* riguarda l'annullamento in autotutela, da parte di una ASL (di seguito, per brevità, «l'Azienda»), della procedura di gara volta all'individuazione di una struttura privata a cui affidare l'erogazione di prestazioni sanitarie. Dopo aver individuato la struttura sanitaria a cui affidare il servizio, dopo aver approvato la convenzione che stabiliva le relative tariffe e dopo aver sottoscritto il contratto con l'impresa aggiudicataria, l'Azienda ha annullato in via di autotutela *ex art. 21-nonies* della l. n. 241/1990 tutti gli atti della procedura (1).

L'impresa aggiudicataria ha impugnato tale annullamento d'ufficio dinanzi al TAR Bari, deducendo plurimi motivi di ricorso e chiedendo contestualmente il risarcimento del danno subito. Il tribunale adito, ritenendo che i profili di illegittimità rinvenuti dall'Azienda nell'originario affidamento fossero idonei a sorreggere il gravato provvedimento di annullamento, con sentenza 7 luglio 2016 n. 867 ha rigettato il ricorso, precisando che «*al venir meno con effetti ex tunc del provvedimento di affidamento del servizio (...) senz'altro consegue la caducazione del contratto, in ragione del vincolo di stretta consequenzialità funzionale che avvince tali atti*».

Avverso tale pronuncia, l'aggiudicataria del servizio ha proposto l'appello deciso con la sentenza qui annotata, articolando plurimi motivi di gravame. In particolare, per quanto di

interesse, oltre a contestare (senza successo) la legittimità del provvedimento di annullamento, la società appellante ha lamentato l'erroneità della pronuncia gravata nella parte in cui ha ritenuto che dall'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione debba discendere l'inefficacia del contratto.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

I giudici di Palazzo Spada, per dirimere la *quaestio iuris* relativa alla sorte del contratto di appalto nel caso di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva, hanno preso le mosse dalle argomentazioni sviluppate nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 14 del 20 giugno 2016.

Tale pronuncia ha escluso che l'Amministrazione possa - dopo la stipula del contratto di appalto- ricorrere allo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ex art. 21-*quinquies* della l. n. 241/1990, dovendo privilegiare lo strumento privatistico del recesso, ma ha lasciato impregiudicata la possibilità di annullare d'ufficio l'aggiudicazione definitiva (ex art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990) anche dopo aver stipulato il contratto.

Questo principio trova oggi un solido fondamento normativo, atteso che l'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990, così come modificato dalla l. n. 124/2015 (cd. "legge Madia"), consente espressamente di annullare in autotutela anche i «*provvedimenti attributivi di vantaggi economici*», nel cui novero deve senz'altro ricomprendersi l'aggiudicazione di un appalto pubblico.

L'astratta possibilità di annullare d'ufficio il provvedimento di aggiudicazione, invero, non risulta contestata dalla società appellante, le cui lamentele investono piuttosto l'asserzione del TAR Bari secondo cui all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione debba conseguire automaticamente la caducazione del contratto stipulato a valle.

Anche questa problematica, assai complessa e dibattuta, è stata affrontata dalla citata sentenza dell'Adunanza plenaria n. 14 del 20 giugno 2016, la quale – sia pure incidentalmente e senza dare conto di tutte le variegate tesi avanzate in giurisprudenza e in dottrina – ha chiarito che l'annullamento d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione definitiva produce, come conseguenza automatica, la caducazione degli effetti negoziali del contratto, per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipula dello stesso.

Per tali ragioni la terza sezione del Consiglio di Stato ha concluso per la «*totale correttezza della sentenza impugnata*», laddove ha ritenuto che la caducazione del contratto sia una conseguenza automatica dell'annullamento d'ufficio dell'affidamento del servizio.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sentenza annotata offre lo spunto per un'analisi ad ampio raggio della tematica relativa alla sorte riservata al contratto nei casi in cui il provvedimento di aggiudicazione venga annullato.

Tale problematica si atteggia diversamente a seconda che l'annullamento consegua ad una pronuncia giurisdizionale, oppure sia stato disposto in autotutela dall'Amministrazione procedente.

Nel primo caso, a lungo la dottrina si è chiesta: a) sul piano sostanziale, se il contratto stipulato a valle di una gara poi annullata fosse annullabile, nullo, inefficace o soggetto a caducazione automatica; b) sul piano processuale, se la giurisdizione spettasse al giudice amministrativo o al giudice ordinario.

Entrambe le problematiche sono state risolte *ex lege*, dapprima con il decreto legislativo n. 53/2010 (attuativo della direttiva 2007/66/CE e oggi abrogato) e poi con gli artt. 121, 122 e 133 del Codice del processo amministrativo, che hanno incasellato la sorte del contratto in caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione entro la categoria dell'inefficacia, attribuendo la relativa giurisdizione al giudice amministrativo.

Gli artt. 121 e 122 del c.p.a. hanno disegnato un'inefficacia "a geometrie variabili", non automatica in quanto necessitante di una pronuncia giurisdizionale, la cui operatività varia a seconda del vizio riscontrato dal giudice nel provvedimento di aggiudicazione.

Più precisamente il giudice amministrativo, quando annulla un provvedimento di aggiudicazione, dichiara («*nei casi di gravi violazioni*»), puntualmente tipizzati dall'art. 121) o può dichiarare («*negli altri casi*», di cui all'art. 122) l'inefficacia del contratto.

Nei casi di gravi violazioni, il giudice decide discrezionalmente, «*in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto*», se limitare l'operatività della declaratoria di inefficacia alle prestazioni ancora da eseguire, se optare per l'inefficacia retroattiva o se, qualora lo impongano esigenze imperative, "salvare" l'efficacia del contratto.

Negli altri casi il giudice valuta discrezionalmente se dichiarare inefficace il contratto o meno, fissando contestualmente la decorrenza dell'inefficacia eventualmente dichiarata e tenendo conto, in particolare, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentro, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentro sia stata proposta.

In sintesi, risolvendo *per tabulas* il quesito in merito alla sorte del contratto nel caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione dell'appalto, il legislatore ha optato per l'inefficacia, stabilendo però che tale inefficacia debba essere oggetto di una pronuncia giurisdizionale specifica. Infatti, dopo l'entrata in vigore delle disposizioni di cui agli artt. 121 e 122 del c.p.a., qualora il provvedimento di aggiudicazione venga annullato dal giudice amministrativo, spetta al medesimo giudice il potere di decidere discrezionalmente, anche nei casi di violazioni gravi, se mantenere o meno l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato;

pertanto l'inefficacia del contratto non è conseguenza automatica dell'annullamento giudiziale dell'aggiudicazione, essendo in capo al giudice il potere di valutare se il contratto debba o meno continuare a produrre effetti (2).

Il legislatore non ha invece chiarito quali siano gli effetti sul contratto nel caso in cui l'aggiudicazione venga annullata dall'Amministrazione procedente in autotutela, ex art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990.

La dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo affaticate sul punto, prospettando, in sostanza, tre possibili soluzioni:

a) Secondo un orientamento largamente minoritario, a cui hanno aderito sporadiche pronunce di primo grado poi sconfessate dal Consiglio di Stato, l'autoannullamento degli atti di una procedura ad evidenza pubblica da parte dell'Amministrazione non eserciterebbe alcun effetto caducante sull'atto negoziale stipulato a valle dell'aggiudicazione.

In base a tale orientamento, qualora l'Amministrazione annullasse in autotutela il provvedimento di aggiudicazione di un appalto dopo la stipula del relativo contratto, per incidere sull'efficacia del contratto stipulato dovrebbe *«adire il giudice competente a conoscere dell'esecuzione del contratto il quale, ai fini della decisione, potrà apprezzare l'avvenuto annullamento dei provvedimenti di evidenza pubblica»* (3). Nonostante l'art. 133, comma 1, lett. e), del c.p.a. attribuisca alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie *«relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, (...) con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative»*, il giudice competente a conoscere dell'efficacia del contratto sarebbe il giudice civile, in quanto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di cui al menzionato art. 133, comma 1, lett. e), del c.p.a. riguarderebbe soltanto l'inefficacia del contratto a seguito di annullamento *ope iudicis* dell'aggiudicazione, e non anche l'inefficacia del contratto a seguito di annullamento in autotutela, dichiarabile unicamente dal giudice ordinario.

L'Amministrazione, in sostanza, dovrebbe adire il giudice ordinario ogni qualvolta intenda ottenere una pronuncia che dichiari l'inefficacia del contratto, quando questa derivi dall'illegittimità, accertata in sede di autotutela, della procedura di gara.

L'orientamento in parola non convince poiché, in disparte ogni altra considerazione, è senz'altro priva di pregio la tesi che pretende di distinguere tra annullamento giurisdizionale e annullamento in autotutela ai fini dell'individuazione del giudice munito di giurisdizione. Ciò che rileva, infatti, è il collegamento sostanziale del provvedimento di aggiudicazione con il successivo contratto. Del resto, anche a non voler condividere la tesi dell'effetto immediatamente caducante dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto successivamente stipulato, sarebbe irragionevole ammettere una diversificazione della disciplina in esame, con la reviviscenza del potere del giudice ordinario sulla sorte del contratto allorquando l'annullamento dell'aggiudicazione (o degli atti ad essa presupposti) sia effetto dell'esercizio del potere di autotutela (4).

Né può dubitarsi della ragionevolezza della scelta del legislatore di affidare la decisione di tali controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto esse sono caratterizzate da una inestricabile commistione di interessi, pubblici e privati, tra i quali è problematico, se non impossibile, individuare con assoluta certezza posizioni di interesse legittimo e/o di diritto soggettivo, che costituiscono il discrimine fondamentale tra la giurisdizione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo.

b) Un ulteriore orientamento giurisprudenziale, che pure concorda con l'orientamento appena esposto sull'assenza di effetti automaticamente caducanti sul contratto nel caso di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, se ne distacca con riferimento all'individuazione del giudice competente a dichiarare l'inefficacia (o la nullità) del contratto, che non sarebbe il giudice ordinario, bensì quello amministrativo. Secondo la tesi in parola, l'art. 133, comma 1, lett. e) si riferirebbe anche alla caducazione del contratto conseguente all'autoannullamento dell'aggiudicazione *ex art. 21-nonies* della l. n. 241/1990, poiché il principio di concentrazione impedirebbe una scissione dei giudizi, data l'unitarietà dell'oggetto.

In altri termini, ferma restando la necessità di un'apposita pronuncia giudiziale per privare di effetti il contratto già stipulato, l'attribuzione della relativa giurisdizione al giudice ordinario disattenderebbe quell'esigenza di concentrazione e semplificazione delle tutele a cui tutto il c.p.a. si ispira per assicurare ai privati cittadini una tutela piena ed effettiva nei confronti della P.A.

L'impostazione in parola trova conforto nella pronuncia delle SS. UU. della Corte di Cassazione 14 maggio 2015, n. 9861, che estende la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «*alle domande di dichiarazione d'inefficacia o di nullità del contratto stipulato con la pubblica amministrazione, che sia eventualmente conseguente all'annullamento in autotutela*» (5), lasciando intendere che vi sarebbe la necessità di un'apposita domanda giudiziale per poter privare di effetti il contratto già stipulato.

Le pronunce che hanno ritenuto di aderire a questo orientamento (6) si sono interrogate su quale patologia vada attribuita al contratto stipulato in base a un'aggiudicazione poi annullata in autotutela.

Dapprima è stato ipotizzato che tale contratto fosse annullabile ai sensi dell'art. 1425 c.c., dovendosi in tal caso riscontrare la sussistenza di un vizio nel processo di formazione della volontà della stazione appaltante. Ciò non implicava l'automatica inefficacia del contratto, che pertanto poteva continuare ad esplicare effetti, salvo che intervenisse una pronuncia giudiziale di annullamento a seguito di domanda proposta dalla stazione appaltante.

Atteso che, in ossequio ai principi generali vevoli in materia di contratto annullabile, la legittimazione ad agire per l'annullamento avrebbe potuto riconoscersi alla sola stazione appaltante, con conseguente impossibilità di tutelare adeguatamente gli interessi dei terzi lesi dall'aggiudicazione illegittima, si è poi ritenuto di porre in rilievo la violazione delle norme di evidenza pubblica testimoniata dall'annullamento della aggiudicazione, sostenendo di conseguenza la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, con conseguente

inefficacia retroattiva e possibilità di far valere tale nullità (sopravvenuta) per chiunque vi abbia interesse.

Del resto la nullità, quale patologia del contratto, non è ritenuta dal legislatore necessariamente incompatibile con l'esplicazione di effetti da parte del contratto che ne sia affetto. Si pensi al contratto di lavoro nullo ex art. 2126 c.c., che produce effetti per il tempo in cui il rapporto ha avuto esecuzione.

In sintesi, in base a questo secondo orientamento l'Amministrazione non potrebbe dichiarare in autotutela l'inefficacia del contratto (7). Esso non perderebbe efficacia automaticamente per effetto dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, ma sarebbe affetto da nullità sopravvenuta e la decisione circa la sua efficacia sarebbe oggetto di una necessaria pronuncia giudiziale del giudice amministrativo, che conserverebbe la possibilità di operare un "salvataggio" totale o parziale degli effetti del contratto (8).

c) Vi è infine l'orientamento a cui la sentenza annotata ha ritenuto di conformarsi, secondo cui il provvedimento di autoannullamento dell'aggiudicazione definitiva adottato dall'Amministrazione comporterebbe, a differenza dell'annullamento giurisdizionale, la caducazione dell'eventuale contratto già stipulato con l'aggiudicatario.

La ragione dell'automatica e immediata perdita di efficacia del contratto risiederebbe nella stretta consequenzialità funzionale intercorrente tra il contratto medesimo e l'aggiudicazione, che del contratto costituisce l'indefettibile presupposto, tale che "*simul stabunt, simul cadent*".

Tale orientamento, autorevolmente accreditato dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 14 del 20 giugno 2016, è maggioritario nella giurisprudenza amministrativa ed è meritevole di apprezzamento.

Atteso che la possibilità della P.A. di annullare d'ufficio l'aggiudicazione di un contratto è pacificamente riconosciuta sia dalla legge che dalla giurisprudenza, sarebbe irragionevole ritenere che tale intervento in autotutela non possa produrre effetti immediati sul contratto, costringendo l'Amministrazione a proporre, a tal fine, un'apposita domanda in sede giurisdizionale.

Né così opinando si accredita una visione (che sarebbe, invero, obsoleta e confliggente con i principi costituzionali) del rapporto tra P.A. e cittadini basata su una supremazia di tipo assoluto dell'Amministrazione.

L'aggiudicatario, infatti, è comunque messo al riparo da arbitrarie ed illegittime incisioni da parte della P.A. sul rapporto negoziale in essere, ben potendo impugnare il provvedimento di autoannullamento dell'aggiudicazione entro il termine decadenziale previsto.

In sostanza, l'aggiudicatario può ritenersi sufficientemente tutelato dal corpo di regole e principi che la P.A. deve rispettare nell'esercizio del suo potere di autotutela. Ciò anche alla luce della disciplina di cui agli artt. 121 e 122 del c.p.a., che pur essendo rivolta al giudice esprime principi generali dell'ordinamento in quanto impone una valutazione comparata degli

interessi coinvolti e, pertanto, risulta estensibile all'Amministrazione.

Quando la P.A. esercita il potere discrezionale volto ad annullare d'ufficio il provvedimento di aggiudicazione di un contratto, dovrebbe valutare gli interessi dell'aggiudicatario non solo in base ai parametri fissati dalla legge n. 241/1990, ma anche in base a quelli posti dagli artt. 121 e 122 del c.p.a.

In altri termini, la comparazione degli interessi coinvolti prevista dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 dovrebbe tenere conto anche dell'eventuale sussistenza di «*esigenze imperative*» e dello «*stato di esecuzione del contratto*» oltre che della proporzione tra l'interesse economico dell'Amministrazione e il sacrificio richiesto al privato.

Per tutte queste ragioni, può ritenersi condivisibile quanto disposto dalla sentenza annotata in ordine all'automatica caducazione del contratto stipulato in caso di annullamento d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica, Roma, X edizione, 2016.

R. Simone, *Annullamento giurisdizionale e in autotutela dell'aggiudicazione: effetti sul contratto*, in *ItaliAppalti*, Febbraio 2012.

E. Sticchi Damiani, *Brevi note in tema di annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto: i poteri del giudice alla luce del Codice del processo amministrativo*, in *Ius Publicum Network Review*, Settembre 2012.

NOTE

1. Per la precisione, dapprima l'Azienda ha fatto ricorso alla revoca *ex art. 21-quinquies*, l. n. 241/1990 di tutte le proprie precedenti deliberazioni. A seguito del ricorso promosso dall'aggiudicatario, il TAR Bari in sede cautelare ha sospeso il provvedimento di revoca. Solo successivamente l'Azienda ha attivato una completa revisione del procedimento e ha provveduto ad annullare in autotutela la convenzione e tutti gli atti prodromici alla stessa. Contro tale ulteriore delibera l'aggiudicatario del servizio ha proposto motivi aggiunti. A quel punto, il TAR Bari ha dichiarato improcedibile il ricorso originario e ha respinto i motivi aggiunti con la connessa domanda risarcitoria. In ogni caso, è sull'annullamento d'ufficio e sulle relative conseguenze sul contratto che verte la sentenza annotata. La vicenda della revoca si è, per quanto di interesse, conclusa con la completa revisione del procedimento operata dall'Azienda, a seguito della quale è stato adottato il provvedimento di annullamento d'ufficio.
2. Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. III, 10 aprile 2015, n. 1839.

3. TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 27 gennaio 2011, n. 154.
4. Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032.
5. Cfr. Cassazione civile, SS. UU., 14 maggio 2015, n. 9861.
6. Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 5 maggio 2016, n. 2269, secondo cui
«l'annullamento in autotutela di un atto amministrativo prodromico alla stipulazione del contratto ha natura autoritativa e discrezionale, sicché il relativo vaglio di legittimità spetta al giudice amministrativo, la cui giurisdizione esclusiva si estende - con necessità di trattazione unitaria - alla conseguente domanda per la dichiarazione di inefficacia o nullità del contratto». Nello stesso senso, *ex plurimis*, TAR Lazio, Roma, Sez. II, 26 luglio 2016, n. 8576.
7. Consiglio di Stato, Sez. V, 6 febbraio 2017, n. 509.
8. Cfr. TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 24 novembre 2014, n. 1906.

Publicato il 22/03/2017

N. 01310/2017REG.PROV.COLL.

N. 08926/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8926 del 2016, proposto da Ma.Vi.San. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Giovanni Vittorio Nardelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

contro

Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia, in persona del Direttore Generale pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Raffaele Daloso, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

Regione Puglia, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, sez. I, n. 867/2016, resa tra le parti, che ha in parte dichiarato improcedibile ed in parte respinto il ricorso rubricato sub nr. 710/2015 Ruolo Generale proposto dalla odierna appellante dinanzi il T.A.R. per la Puglia, sede di Bari,

quanto al ricorso principale:

-per l'annullamento, previa sospensiva, della deliberazione del Direttore Generale della ASL di Foggia n. 315 del 12 marzo 2015;

– ove occorra, della delibera n. 227 del 24 febbraio 2015, non notificata all'interessata e conosciuta solo incidentalmente, nella parte in cui stabilisce il carattere sperimentale della prestazione oggetto della convenzione di cui alla delibera n. 974 del 3 settembre 2014;

– di ogni altro atto ai predetti comunque connesso, presupposto o consequenziale e per il risarcimento del danno.

quanto ai motivi aggiunti:

per l'annullamento della deliberazione di D.G. n. 130 dell'8 febbraio 2016 di annullamento delle deliberazioni del D.G. n. 162/B del 23 dicembre 2013; n. 318 del 17 marzo 2014; n. 974 del 2 settembre 2014; n. 227 del 24 febbraio 2015, nonché recante la declaratoria di inefficacia dell'accordo contrattuale stipulato con la Ma.Vi.San. s.r.l. il 3 settembre 2014;

– nonché per l'accertamento del diritto della società ricorrente al risarcimento del danno ingiusto, derivante dai provvedimenti sopra indicati, e dal comportamento tenuto dall'Azienda, e per la condanna dell'Amministrazione al pagamento, in favore della stessa ricorrente, delle somme che verranno accertate, oltre gli interessi e la rivalutazione monetaria come per legge, dalla data di maturazione del diritto sino al soddisfo.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 marzo 2017 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per l'odierna appellante, Ma.Vi.San. s.r.l., l'Avvocato Alvise Vergerio su delega dell'Avvocato Giovanni Vittorio Nardelli e, per l'odierna appellata, l'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia, l'Avvocato Raffaele Dalloiso;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con avviso per manifestazione di interesse, l'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia (di qui in avanti, per brevità, l'Azienda) ha pubblicato sul Bollettino Ufficiale della Regione Puglia un bando volto ad acquisire la disponibilità, in ambito locale, dei servizi e dell'attività di una struttura per la prevenzione e la cura dei disturbi del comportamento alimentare, in dichiarata attuazione delle indicazioni del Piano Regionale della Salute 2008-2010, approvato con legge regionale n. 23 del 19 settembre 2008.

1.1. L'odierna appellante, Ma.Vi.San. s.r.l., è stata quindi individuata quale soggetto privato con il quale sottoscrivere l'accordo per le prestazioni sanitarie connesse ai disturbi del comportamento alimentare (DCA) e, quindi, con deliberazione n. 974 del 2 settembre 2014 è stata individuata la struttura sanitaria, denominata "Ali di Farfalla", gestita da tale società, per l'erogazione dei servizi sanitari in materia di DCA prescritti dal Piano sanitario regionale nell'ambito dell'Azienda, con approvazione della convenzione che stabiliva le tariffe per le prestazioni relative all'attività semiresidenziale, in regime ambulatoriale e di day hospital.

1.2. L'accordo contrattuale è stato sottoscritto il 3 settembre 2014.

1.3. Con la delibera n. 315 del 12 marzo 2015, tuttavia, l'Azienda ha proceduto alla revoca, ai sensi dell'art. 21-quinquies della l. n. 241 del 1990, delle precedenti deliberazioni e ha dichiarato, contestualmente, di recedere dall'accordo contrattuale sottoscritto il 3 settembre 2014, rilevando la mancata adozione, nelle more, del regolamento regionale di organizzazione e funzionamento delle strutture per la prevenzione e per la cura dei disturbi del comportamento alimentare.

1.4. Contro tale delibera di revoca, di cui ha dedotto l'illegittimità per cinque motivi, Ma.Vi.San. s.r.l. ha proposto ricorso avanti al T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, chiedendone, previa sospensione, l'annullamento e il conseguente risarcimento del danno.

1.5. Si è costituita nel primo grado del giudizio l'Azienda resistente per chiedere la reiezione del ricorso.

1.6. Il T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, con l'ordinanza n. 348 del 2015, ha sospeso il provvedimento di revoca.

1.7. Successivamente l'Azienda, con delibera n. 130 dell'8 febbraio 2016 del Direttore Generale, ha attivato una completa revisione del procedimento e ha provveduto ad annullare in via di autotutela la convenzione e tutti gli atti prodromici alla stessa, a partite dalla decisione di far fronte al fabbisogno di cura nel settore dei DCA tramite cooperazione con le strutture private.

1.8. Avverso tale ulteriore delibera la società ha proposto motivi aggiunti, deducendo cinque censure, e ne ha chiesto l'annullamento, con conseguente risarcimento del danno.

1.9. L'Amministrazione ha chiesto la reiezione anche di tali motivi aggiunti.

1.10. Il T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, con la sentenza n. 867 del 7 luglio 2016, ha

dichiarato improcedibile il ricorso originario, essendo sopraggiunta la delibera n. 130 dell'8 febbraio 2016, e ha respinto i motivi aggiunti con la connessa domanda risarcitoria.

2. Avverso tale sentenza ha proposto appello Ma.Vi.San. s.r.l., deducendo sei motivi che saranno di seguito esaminati, e ne ha chiesto la riforma, con conseguente annullamento della delibera n. 130 dell'8 febbraio 2016 e risarcimento del danno, previo, se del caso, espletamento di c.t.u. per la sua quantificazione.

2.1. Si è costituita l'Azienda appellata, che con memoria difensiva depositata il 14 febbraio 2017 ha replicato alle avversarie censure.

2.2. Nella pubblica udienza del 2 marzo 2017 il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

3. Con il primo motivo (pp. 11-13 del ricorso) l'odierna appellante chiede a rimessione della causa al primo giudice per essersi celebrata l'udienza di discussione in primo grado senza il rispetto dei termini di cui all'art. 71 c.p.a. e per avere il primo giudice dichiarato inammissibile una parte del ricorso – in particolare il quarto dei motivi aggiunti – per difetto di interesse senza l'avviso di cui all'art. 73, comma 3, c.p.a.

3.1. Il motivo è destituito di fondamento.

3.2. La presente controversia è, infatti, soggetta alla dimidiazione dei termini di cui all'art. 119, comma 2, c.p.a., avendo ad oggetto la revoca e, poi, l'annullamento d'ufficio dell'affidamento della gestione dei servizi ed attività per la prevenzione e la cura dei disturbi del comportamento alimentare.

3.3. Lo stesso ricorso di primo grado, proposto dall'odierna appellante, è rubricato «ricorso ex art. 119», non lasciando alcun dubbio, proprio per lo stesso comportamento processuale di Ma.Vi.San. s.r.l., che essa stessa abbia inteso incardinare la controversia in materia – quella dei pubblici appalti – soggetta alla disciplina processuale dell'art. 119 c.p.a.

3.4. Peraltro, come ha correttamente eccepito la difesa dell'Azienda nella memoria depositata il 14 febbraio 2017, le parti si sono sempre avvalse, nel corso del primo grado del giudizio, della dimidiazione dei termini per il deposito delle proprie memorie difensive e dei documenti.

3.5. Quanto alla declaratoria di inammissibilità dei motivi aggiunti, che non sarebbe stata preceduta dall'avviso di cui all'art. 73, comma 3, c.p.a., tale inammissibilità è stata eccepita dalla difesa dell'Azienda nella memoria difensiva del 2 maggio 2016 avanti al T.A.R., che ha accolto la relativa eccezione, senza rilevare d'ufficio la questione in difetto di contraddittorio, come invece a torto presuppone l'odierna appellante.

3.6. Il motivo, pertanto, va respinto, in quanto infondato.

4. Con il secondo motivo (pp. 13-17 del ricorso) l'odierna appellante lamenta la violazione dell'art. 21-nonies, comma 1, della l. n. 241 del 1990 perché assume che illegittimamente il

primo giudice abbia ritenuto che il termine di 18 mesi per l'esercizio del potere di autotutela decorresse dall'ultimo atto annullato e non dagli atti prodromici, risalenti finanche al 2013, che hanno dato l'avvio alla procedura di cui è causa.

4.1. Il motivo è infondato.

4.2. Correttamente il primo giudice ha ritenuto, infatti, che il dies a quo per computare il termine di 18 mesi, previsto dall'art. 21-nonies, comma 1, della l. n. 241 del 1990, decorresse dall'emanazione del provvedimento attributivo di un effettivo vantaggio economico, costituito, nel caso di specie, dalla deliberazione n. 974 del 2 settembre 2014, con la quale all'odierna appellante è stato affidato il servizio ed è stato approvato lo schema della relativa convenzione (p. 12 della sentenza impugnata).

4.3. È solo questo, in effetti, il momento effettivo dal quale è possibile far decorrere tale termine, in quanto gli atti prodromici della procedura di gara non potevano attribuire alcun vantaggio economico, concretizzatosi soltanto con la detta deliberazione, recante l'affidamento del servizio.

4.4. Coglie nel segno anche l'ulteriore osservazione del T.A.R., secondo cui il lasso di tempo trascorso tra tale deliberazione e l'annullamento – 17 mesi e 6 giorni – risulta nel caso di specie ragionevole, in quanto il servizio di cui è causa non ha avuto nemmeno un principio di esecuzione e, inoltre, già prima dello stesso annullamento l'affidamento del servizio era stato revocato con la deliberazione n. 315 del 2015, circa cinque mesi dopo la sottoscrizione dell'accordo.

4.5. Le censure sul punto formulate dall'appellante (pp. 16-17 del ricorso) non appaiono condivisibili, perché, proprio per le ragioni sin qui vedute, non si era consolidato alcun legittimo affidamento del privato sul consolidamento dei propri diritti e sull'esecuzione del contratto.

5. Con il terzo motivo (pp. 17-21 del ricorso) l'odierna appellante lamenta che erroneamente il primo giudice avrebbe ritenuto inammissibile la violazione dell'art. 7 della l. n. 241 del 1990, così addossando al privato oneri invece incombenti all'Amministrazione.

5.1. L'appellante eccepisce, anzitutto, che l'annullamento d'ufficio è un provvedimento tutt'altro che vincolato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies della l. n. 241 del 1990, e che non può trovare applicazione, come ha ritenuto il primo giudice, l'art. 21-octies, comma 2, ultimo periodo, della stessa l. n. 241 del 1990.

5.2. In subordine Ma.Vi.San. s.r.l. deduce di non ritenere condivisibile l'assunto del T.A.R., secondo il quale essa avrebbe dovuto allegare quali siano gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione.

5.3. Tale interpretazione, secondo l'appellante, sfugge alla lettera della legge che, al contrario, onera l'Amministrazione di dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

5.4. L'art. 21-octies, comma 2, della l. n. 241 del 1990 si riferisce a casi nei quali l'Amministrazione ha già violato la legge e privato il cittadino del diritto alla partecipazione procedimentale, sicché deve essere l'Amministrazione a dimostrare che la riscontrata illegittimità non possa condurre anche all'annullamento dell'atto.

5.5. Infine, rileva l'appellante, la ricorrente aveva comunque indicato in giudizio gli elementi conoscitivi che avrebbero potuto portare il procedimento amministrativo di annullamento ad esito diverso e consentito al giudice di verificare l'eventuale incidenza sostanziale dell'omessa partecipazione al procedimento sul contenuto dell'atto finale.

5.6. Il motivo è infondato e va respinto.

5.7. Il T.A.R. per la Puglia ha correttamente rilevato, infatti, che non è possibile apprezzare quale sia l'effettivo interesse ritraibile dall'accoglimento della censura in esame, non avendo la ricorrente allegato «gli elementi conoscitivi che sarebbero stati presumibilmente introdotti nel procedimento di riesame e suscettibili di determinarne un diverso esito procedimentale, in tal modo non consentendo al giudice di verificare l'eventuale incidenza sostanziale dell'omessa partecipazione procedimentale sul contenuto dell'atto finale» (p. 11 della sentenza impugnata).

6. Si tratta di valutazione immune da censura perché rispondente al consolidato orientamento di questo Consiglio di Stato,

6.1. L'art. 21-octies, comma secondo, della l. n. 241 del 1990 prevede, nel primo periodo, che «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato» e, nel secondo periodo, che «il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

6.2. Questa disposizione distingue due diverse fattispecie.

6.3. La prima è generale e riguarda il caso in cui l'attività amministrativa sia vincolata e l'Amministrazione abbia violato una disposizione che contempla un requisito formale o procedimentale.

6.4. La seconda ha carattere particolare e riguarda il caso in cui sia violata la disposizione che contempla il requisito procedimentale della comunicazione di avvio del procedimento.

6.5. Tale ultima fattispecie, contrariamente a quanto assume l'appellante, si applica in presenza di attività sia vincolata che discrezionale (e anche quando, come nel caso di specie, si tratta di una valutazione di discrezionalità tecnica).

6.6. La più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, facendo riferimento – per ragioni di

efficienza e speditezza – a un’accezione sostanzialistica della violazione dell’art. 7 della l. n. 241 del 1990, ha affermato che l’interessato che lamenta la violazione dell’obbligo di comunicazione dell’avvio del procedimento ha anche l’onere di allegare e dimostrare che, grazie alla comunicazione, egli avrebbe potuto sottoporre all’Amministrazione elementi che avrebbero potuto condurla a una diversa determinazione da quella che invece ha assunto.

6.7. «È vero che tale norma pone in capo all’Amministrazione (e non del privato) l’onere di dimostrare, in caso di mancata comunicazione dell’avvio, che l’esito del procedimento non poteva essere diverso», ma «onde evitare di gravare la p.a. di una probatio diabolica (quale sarebbe quella consistente nel dimostrare che ogni eventuale contributo partecipativo del privato non avrebbe mutato l’esito del procedimento), risulta preferibile interpretare la norma in esame nel senso che il privato non possa limitarsi a dolersi della mancata comunicazione di avvio, ma debba anche quantomeno indicare o allegare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione», sicché «solo dopo che il ricorrente ha adempiuto questo onere di allegazione (che la norma implicitamente pone a suo carico), la p.a. sarà gravata dal ben più consistente onere di dimostrare che, anche ove quegli elementi fossero stati valutati, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe mutato» e che «ove il privato si limiti a contestare la mancata comunicazione di avvio, senza nemmeno allegare le circostanze che intendeva sottoporre all’Amministrazione, il motivo con cui si lamenta la mancata comunicazione deve ritenersi inammissibile» (Cons. St., sez. VI, 29 luglio 2008, n. 3786).

6.8. Nello stesso senso altre pronunce – Cons. St., sez. V, 18 aprile 2012, n. 2257, Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2014, n. 5989, Cons. St., sez. VI, 4 marzo 2015, n. 1060 – hanno posto in rilievo come l’art. 21-octies debba essere interpretato nel senso di «evitare che l’amministrazione sia onerata in giudizio di una prova diabolica, e cioè della dimostrazione che il provvedimento non avrebbe potuto avere contenuto diverso in relazione a tutti i possibili contenuti ipotizzabili, per cui si deve comunque porre previamente a carico del privato l’onere di indicare, quanto meno in termini di allegazione processuale, quali elementi conoscitivi avrebbe introdotto nel procedimento, se previamente comunicatogli, onde indirizzare l’amministrazione verso una decisione diversa da quella assunta».

6.9. L’onere di allegazione del privato deve consistere nella prospettazione di elementi che, implicando valutazioni di merito (amministrativo o tecnico), possono trovare ingresso esclusivamente nel corso del procedimento sostanziale e non anche nel processo davanti al giudice.

6.10. Gli elementi di legittimità possono, invece, essere allegati anche nel solo processo, con la conseguenza che il giudizio sul vizio procedimentale, se fondatamente lamentato, assorbe il giudizio sulla fondatezza della domanda giudiziale.

6.11. Se invece la domanda, basata su un siffatto motivo, è infondata, il vizio di mancata comunicazione procedimentale non rileva perché la comunicazione, ove effettuata, comunque non avrebbe potuto condurre all’adozione di un provvedimento diverso – a proposito di una tale doglianza – da quello in concreto adottato (v., ex plurimis, Cons. St., sez. VI, 4 marzo 2015, n. 1060).

6.12. Ebbene, tutto ciò considerando, la statuizione del primo giudice è scevra da errore in quanto:

- ha fatto corretta applicazione dei principî ermeneutici relativi all'art. 21-octies della l. n. 241 del 1990 appena ricordati al caso di specie, riferendosi detti principî anche ad un provvedimento a contenuto tipicamente discrezionale qual è l'annullamento d'ufficio;
- ha rilevato che il secondo dei motivi aggiunti proposti in primo grado (pp. 11-12 del relativo ricorso) non conteneva alcuna allegazione degli elementi conoscitivi che l'Amministrazione avrebbe dovuto prendere in considerazione in sede procedimentale;
- ha ritenuto conseguentemente inammissibile, per il suo tenore formalistico e l'assenza di contenuti sostanziali, la violazione inerente alla violazione dell'art. 7 della l. n. 241 del 1990.

6.13. Né tale motivazione è superata dall'obiezione secondo cui la ricorrente aveva comunque, in primo grado, allegato tali elementi conoscitivi, consistenti negli «investimenti effettuati dalla ricorrente (e quindi la valutazione degli interessi della medesima avrebbe potuto comportare un esito diverso del procedimento) e quindi dalle somme richieste con la domanda risarcitoria a motivo delle ingenti spese sostenute facendo affidamento sulla legittimità degli atti della ASL ma anche e soprattutto dalle censure di merito relative al decorso di 18 mesi dalla emanazione degli atti indittivi della gara e dalle osservazioni relative alla legittimità delle originarie delibere ASL e dalla incolpevole posizione della ricorrente» (p. 21 del ricorso).

6.14. Questi elementi attengono, in realtà, alle pretese risarcitorie dell'odierna appellante, come si dirà infondate, e non certo alla valutazione dell'interesse pubblico da parte dell'Azienda che, alla luce delle motivazioni che sorreggono l'annullamento in autotutela, non avrebbero potuto essere diverse, in considerazione del fatto dirimente, come subito si dirà esaminando il quarto motivo di appello, che Ma.Vi.San. s.r.l. non era né autorizzata né accreditata per lo svolgimento del servizio.

6.15. Di qui, anche nel merito, l'infondatezza della censura, sul piano sostanziale, non costituendo detti elementi un reale apporto conoscitivo per la comparazione di interessi che l'Azienda, ma solo, per un verso, contestazioni sulla presunta illegittimità del suo agire e, per altro, singole voci di domanda risarcitoria.

7. Con il quarto motivo (pp. 21-29 del ricorso) l'odierna appellante deduce l'erroneità della sentenza impugnata per avere in parte respinto e in parte dichiarato inammissibile il quarto dei motivi aggiunti per il rilievo, assorbente, che l'Azienda si sarebbe avveduta che Ma.Vi.San. s.r.l. non era dotata dell'autorizzazione regionale necessaria né dell'accreditamento richiesto al fine di partecipare alla selezione indetta dall'Azienda.

7.1. Tale motivazione del provvedimento ha indotto il primo giudice a ritenere legittimo l'annullamento in autotutela, con conseguente irrilevanza delle ulteriori censure formulate dalla ricorrente, per difetto di interesse, in quanto detta motivazione basta, da sola, a giustificare l'emissione del provvedimento.

7.2. L'appellante contesta la statuizione del T.A.R. poiché essa afferma di avere mosso alla deliberazione n. 130 del 2016 una censura, assorbente e di più ampio respiro, tesa in sostanza a stigmatizzare la possibilità di procedere all'annullamento di ufficio per carenza di un elemento (autorizzazione regionale ed accreditamento) non previsto dalla legge di gara e non richiesto al ricorrente che, pertanto, più che legittimamente avrebbe partecipato alla gara ed è stato individuato come destinatario dell'attività sanitaria oggetto dell'avviso.

7.3. L'aver censurato il provvedimento impugnato nella parte in cui, a suo dire illegittimamente, ha ritenuto indispensabile ex post il requisito dell'accreditamento, contrariamente a quanto l'Azienda in principio aveva manifestato e richiesto con l'avviso, avrebbe valenza maggiore – per l'argumentum a maiori – della semplice contestazione in ordine alla necessità, o meno, dell'accreditamento regionale.

7.4. L'accreditamento non solo non era richiesto in nessuno degli atti prodromici all'accordo contrattuale del 3 settembre 2014 né nel Piano della Salute né nelle Linee Guida ministeriali, ma soprattutto, secondo l'appellante, «lo svolgimento di tale attività da parte del privato avrebbe consentito di rimanere fuori dalla rete pubblica senza necessità dell'accreditamento» (p. 24 del ricorso).

7.5. La censura, anche al di là dei profili di inammissibilità eccepiti dall'Amministrazione, è radicalmente infondata.

7.6. Rispetto al dirimente rilievo che la società non possedesse l'autorizzazione regionale né l'accreditamento, come ha rilevato il primo giudice, l'odierna appellante in primo grado si è semplicemente limitata ad eccepire che tali requisiti non erano tra quelli prescritti dall'avviso al fine della partecipazione, senza contestare, dunque, che essa non li possedesse.

7.7. A tale evidente carenza, che una società qualificata operatrice del settore non può certo ignorare, non può certo supplire l'argomento, insostenibile, che lo svolgimento di tale attività, da parte del privato, avrebbe consentito di rimanere fuori dalla rete pubblica, senza necessità dell'accreditamento, essendo al contrario evidente che, nel nostro sistema, quantomeno ai sensi dell'art. 8-quater del d. lgs. n. 502 del 1992 le strutture private, per erogare i servizi di cui è causa, devono essere dotate di autorizzazione regionale e di accreditamento.

7.8. Non giova all'appellante nemmeno eccepire che la sua censura investisse, radicalmente, la illegittimità di un provvedimento che evidenziava l'assenza di un requisito mai prima richiesto, perché Ma.Vi.San. s.r.l. non poteva fare alcun legittimo affidamento sulla circostanza che di tale requisito, sol perché non menzionato espressamente negli atti precedenti, potesse fare a meno, costituendo esso un presupposto implicito, ma necessario, della stessa erogazione del servizio, come essa poteva e doveva ben sapere.

7.9. Di qui, con ogni evidenza, la totale infondatezza della censura, anche nella parte in cui, erroneamente, denuncia la illegittima declaratoria di parziale inammissibilità, per violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a., del quarto motivo aggiunto in ordine alle ulteriori censure con esso sviluppate, dichiarate «assorbite» (p. 14 della sentenza impugnata), dovendosi qui ribadire che detta inammissibilità, come sopra rilevato, era stata puntualmente eccepita

dall'Azienda senza che il contraddittorio sia stato violato.

7.10. Peraltro, deve qui solo aggiungersi, non incorre nella violazione del contraddittorio e dell'art. 73, comma 3, c.p.a. la pronuncia che, nel confermare la legittimità di almeno una delle ragioni poste a base del provvedimento ed idonea da sola ad integrarne il corredo motivazionale, dichiarare improcedibile per difetto di interesse, nel resto, il ricorso diretto a contestare le altre ragioni, senza averne dato il preventivo avviso previsto dal citata comma 3, stante la sufficienza di tale ragione, oggetto di censura, esaminata nel contraddittorio tra le parti e respinta dal giudice con efficacia assorbente.

7.11. Ne segue che le ulteriori censure mosse nel quarto dei motivi aggiunti correttamente sono state dichiarate inammissibili dal T.A.R. ed esse, qui riproposte dall'appellante, non possono per le stesse trovare ingresso nel presente grado di appello.

8. Con il quinto motivo (pp. 29-35 del ricorso) l'odierna appellante lamenta l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto che dall'annullamento in autotutela discendere l'inefficacia del contratto.

8.1. Ma.Vi.San. s.r.l. sostiene che, alla luce dei principî affermati dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 14 del 2014, è escluso che l'Amministrazione possa, attraverso i propri poteri di autotutela decisoria, ottenere un risultato in ipotesi superiore a quello ottenibile dal contraente privato in sede giurisdizionale.

8.2. Il contratto, in altri termini, non poteva essere inefficace o, comunque, risolto mediante l'esercizio del potere di autotutela.

8.3. A tal fine l'appellante ripropone la domanda risarcitoria per il danno dell'interesse legittimo leso dallo scorretto esercizio del potere di autotutela.

8.4. Il motivo è infondato.

8.5. La problematica qui sollevata, invero assai complessa e dibattuta, è stata affrontata, tra l'altro, proprio dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio che, nella richiamata sentenza n. 14 del 20 giugno 2014, dopo aver escluso che l'Amministrazione possa procedere alla revoca del contratto, di cui all'art. 21-quinquies della l. n. 241 del 1990, dopo la stipula del contratto stesso, ha espressamente ricordato che la possibilità dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo detta stipula – al di là del richiamo, contenuto in tale pronuncia, all'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004, ora abrogato – sia «concordemente riconosciuta in giurisprudenza, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso».

8.6. Un simile potere di annullamento in autotutela, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa anzitutto da parte della stessa Amministrazione procedente, deve quindi riconoscersi a questa anche dopo l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto (v., sul punto, Cons. St., sez. V, 26 giugno 2015, n.

3237), con conseguente inefficacia di quest'ultimo, e trova ora un solido fondamento normativo, dopo le recenti riforme della l. n. 124 del 2015, anche nella previsione dell'art. 21-nonies, comma 1, della l. n. 241 del 1990, laddove esso si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, che non possono non ritenersi comprensivi anche dell'affidamento di una pubblica commessa.

8.7. Di qui la totale correttezza della sentenza impugnata, laddove ha osservato che «al venir meno con effetti ex nunc del provvedimento di affidamento del servizio conseguente agli evidenziati vizi genetici, senz'altro consegue la caducazione del contratto, in ragione del vincolo di stretta consequenzialità funzionale che avvince tali atti» (p. 14 della sentenza impugnata).

8.8. Dal che consegue, anche, per l'effetto la infondatezza della domanda risarcitoria, qui riproposta (pp. 31-35 del ricorso), fondata sull'asserita illegittimità dell'esercizio del potere di autotutela nel caso di specie, illegittimità che, invece, deve escludersi per le ragioni sin qui esposte.

9. Con il sesto ed ultimo motivo (pp. 35-42 del ricorso) l'odierna appellante deduce l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha anche respinto la domanda risarcitoria per la mancanza di adeguata prova in ordine ai danni lamentati, anche con riferimento al c.d. interesse negativo.

9.1. Assume l'appellante che la sentenza debba essere superata, sul punto, dalla produzione documentale, in questo grado del giudizio, con la precisazione che essa non sarebbe stata effettuata in primo grado sia per la ristrettezza dei termini dimezzati sia per la mancata contestazione da parte dell'Azienda.

9.2. Ma.Vi.San. s.r.l. sostiene, in altri termini, di non aver potuto effettuare la produzione documentale nei termini processuali all'uopo previsti e produce, ai sensi dell'art. 104, comma 2, documenti intesi a dimostrare l'esistenza dei danni lamentati e il nesso causale di questo con la condotta asseritamente illegittima dell'Amministrazione.

9.3. Il motivo è destituito di fondamento.

9.4. A dimostrarne l'infondatezza basta il rilievo che il provvedimento dell'Amministrazione è del tutto legittimo, per le ragioni vedute, e che l'odierna appellante nessun affidamento incolpevole poteva fare sulla legittimità dell'affidamento, disposto, come essa ben sapeva, senza che essa fosse dotata di autorizzazione regionale e di accreditamento.

9.5. Difettano, pertanto, tutti i presupposti, sul piano dell'an debeat, per ritenere una qualsivoglia responsabilità, anche di tipo precontrattuale, nei confronti dell'Amministrazione.

9.6. A ciò si aggiunga che il T.A.R., peraltro, ha correttamente rilevato, anche quanto alla prova del danno, che questa non sia stata offerta dall'odierna appellante, che ha depositato in primo grado una consulenza tecnica di parte, contenente un elenco di voci di danno, alle quali tuttavia non è stato allegato alcun documento giustificativo, pur essendo tali documenti nella

disponibilità di Ma.Vi.San. s.r.l.

9.7. Si tratta di rilievo processuale corretto, preciso, non contestato dalla stessa appellante che inutilmente si sforza di invocare l'art. 104, comma 2, c.p.a., a fronte di tale vuoto probatorio non giustificabile né per la ristrettezza dei termini né per la condotta processuale dell'Azienda (che ha contestato in radice la domanda risarcitoria), per produrre inammissibilmente in questa sede documenti nuovi, che dovevano essere ritualmente prodotti in primo grado.

9.8. Del pari corretti, immuni da censura e, sostanzialmente, incontestati dalla stessa appellante sono i plurimi e puntuali rilievi del primo giudice (pp. 17-19 della sentenza impugnata) in ordine al difetto di qualsiasi nesso di causalità tra le numerose voci di danno e l'asserita condotta antiggiuridica dell'Amministrazione, comunque – deve qui ribadirsi – insussistente.

9.9. Di qui, anche per tale aspetto, l'infondatezza della censura in esame, con conseguente reiezione della domanda risarcitoria da essa veicolata.

9.10. Ne segue anche la reiezione dell'istanza finalizzata a disporre una c.t.u. per la liquidazione del danno, istanza infondata sia per l'assenza di una condotta antiggiuridica dell'Amministrazione, necessario presupposto di qualsivoglia responsabilità, sia per la sua natura esplorativa.

10. In conclusione, per le ragioni esposte, l'appello, in tutti i suoi motivi, è privo di fondamento e va respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

11. La complessità di molte questioni giuridiche sopra esaminate giustifica l'integrale compensazione delle spese inerenti al presente grado di giudizio tra le parti.

11.1. Rimane definitivamente a carico dell'odierna appellante il contributo unificato corrisposto per la proposizione del gravame.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto da Ma.Vi.San. s.r.l., lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

Pone definitivamente a carico di Ma.Vi.San. s.r.l. il contributo unificato corrisposto per la proposizione del gravame.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2017, con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Massimiliano Noccelli

Marco Lipari