

Pubblicato il 13/04/2023

N. 02254/2023 REG.PROV.COLL.
N. 02662/2022 REG.RIC.



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 della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2662 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Simad S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Linda Balsemin, Serena Cafora, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria "Federico II", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale Napoli, domiciliataria ex lege in Napoli, via Diaz 11;

nei confronti

Eurocolumbus S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Croce, Antonio Marchiano', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della deliberazione del Direttore Generale dell'A.O.U. Federico II di Napoli n. 372 del 15.4.2022, comunicata con nota del 21.4.2022 spedita con pec in data 22.4.2022, e l'atto di avvio del procedimento del 3.2.2022 prot. n. 5522, oltreché per quanto occorrer possa, di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o collegato e/o connesso;

In via subordinata condannare, se del caso ai sensi dell'art. 34 c.p.a. l'A.O.U. Federico II a liquidare l'importo di euro 360.000,00 a titolo di pagamento dell'uso dei macchinari;

In via ulteriormente subordinata condannare l'A.O.U. a corrispondere la somma di euro 360.000,00 o la maggiore e /o minore somma che dovesse risultare in corso di causa a titolo di risarcimento del danno.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Simad S.r.l. il 22/11/2022: della delibera del Direttore Generale n. 540 dell'8.06.2022 relativa alla Gara 360-LOTTO

1- Fornitura di n. 4 Archi a C (per le esigenze del B.O. di Ortopedia, del B.O. di Urologia, del

B.O. di Pediatria, del B.O. della nuova piastra endoscopica) Emergenza da Covid-19 - CIG

82536306F0- di aggiudicazione alla società Eurocolumbus S.r.l.; (doc. C)

- dell'atto di conferma della validità tecnica dell'offerta presentata dalla società Eurocolumbus a firma del Presidente della Commissione del 24.03.2022; (doc. D)

per quanto occorrer possa della scrittura privata del 4.07.2022 rep. n. 384 sottoscritta dall'AOU Federico II e da società Eurocolumbus (doc. E);

- nonché di tutti gli atti, provvedimenti e verbali amministrativi di gara correlati, connessi

e conseguenti a quelli enunciati anche se non conosciuti.

conseguentemente, preso atto dell'intervenuta stipula del contratto di fornitura, dichiarare inefficace ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a. il contratto di fornitura stipulato tra l'AOU Federico II ed Eurocolumbus.

In via subordinata,

condannare, se del caso ai sensi dell'art. 34 c.p.a., l'A.O.U. Federico II a liquidare a favore di Simad s.r.l. l'importo di € 360.000,00 (oltre Iva) a titolo di pagamento dell'uso dei sei archi C per cui è causa da agosto 2020 fino al 31 luglio 2022, data di consegna dei mezzi indicata dalla S.A., o la maggiore e/o minore somma che dovesse risultare in corso di causa anche in relazione ad una diversa data di riconsegna dei mezzi;

- In via ulteriormente subordinata, condannare la l'A.O.U. Federico II a corrispondere a Simad s.r.l. la somma di € 360.000,00 o la maggiore e/o minore somma che dovesse risultare in corso di causa, a titolo del risarcimento del danno subito da Simad s.r.l.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Universitaria "Federico II" e di Eurocolumbus S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 marzo 2023 la dott.ssa Maria Laura Maddalena e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe, la società SIMAD s.r.l. ha impugnato la deliberazione del Direttore Generale dell'A.O.U. Federico II di Napoli n. 372 del 15.4.2022 con cui è stata dichiarata l'inefficacia del contratto con essa stipulato con atto Rep. n. 298 del 29.7.2020, registrato al n. 2626 in data 6.8.2020.

La ricorrente espone nell'atto di ricorso che il presente contenzioso trae origine dalla gara bandita dall'A.O.U. Federico II di appalto per la fornitura originaria di n. 4 Archi a C per le esigenze del B.O. di Ortopedia, Urologia, Pediatria e la fornitura "supplementare" di n. 2 Archi a C per le esigenze delle

SS.OO. di Chirurgia Generale e Oncologia Mininvasiva c/o B.O. Ed. 7, e della Terapia Antalgica Ed. 5.

Entrambe le forniture sono state aggiudicate a Simad, rispettivamente con le deliberazioni n. 239 del 9.3.2020 e n. 279 del 20.3.2020. Con sentenza del 16 ottobre 2020 n. 4540, il Tar Campania ha accolto i ricorsi principale e per motivi aggiunti promossi avanti al TAR di Napoli, R.g. n. 1326/2020, dall'Eurocolumbus s.r.l. avverso le suddette aggiudicazioni.

Gli appelli contro la citata sentenza, presentati separatamente dall'A.O.U. e dalla Simad s.r.l., sono stati respinti con sentenza del Consiglio di Stato n. 1225 del 9 febbraio del 2021 ed è stato rigettato anche il ricorso per revocazione proposto dall'AOU.

Nelle more del giudizio, l'AOU Federico II ha invitato l'aggiudicataria Simad s.r.l. alla stipula del contratto di fornitura degli Archi a C, che era perfezionato con atto Rep. n. 298 del 29.7.2020, registrato al n. 2626 in data 6.8.2020 dell'Agenzia delle Entrate – Ufficio Bologna 2 ed ha emesso gli ordini di fornitura.

Simad s.r.l. ha dichiarato di aver interamente eseguito il contratto in quanto nel periodo di agosto – settembre 2020 ha consegnato tutti macchinari oggetto della fornitura presso i reparti di destinazione, li ha installati a regola d'arte ed ha superato le prove di collaudo; la società ha fornito le garanzie di legge ed ha svolto gratuitamente le manutenzioni richieste.

Con l'atto prot. numero 5522 del 3 febbraio 2022 la S.A. ha comunicato l'avvio del procedimento per la risoluzione del contratto del 29 luglio 2020 (doc. B). A distanza di circa tre mesi all'avvio del procedimento, con nota del 21 aprile 2022 successivamente comunicata in data 22 aprile 2022, la S.A ha trasmesso la deliberazione n. 372/2022 per la dichiarazione di inefficacia del contratto n. 298 del 29 luglio 2020, registrato all'Agenzia delle Entrate, e stipulato in esecuzione alle deliberazioni n. 239/2020 e n. 279/2020 con la società Simad s.r.l.

L'unica ragione assunta a fondamento del provvedimento con cui l'Amministrazione ha dichiarato l'inefficacia del contratto è la *“nullità negoziale conseguente alla caducazione in sede giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione”*.

Tanto premesso, la ricorrente deduce i seguenti motivi di ricorso

1) Violazione di legge per violazione degli artt. 121 e 122 c.p.a. – Eccesso di potere per

assunzione dell'errato presupposto di diritto che all'annullamento dell'aggiudicazione consegua ipso iure la nullità del contratto, in quanto l'inefficacia del contratto non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, bensì quest'ultima a mente dell'art. 121 e 122 c.p.a. comporta solo il potere del giudice di valutare se il contratto, in base ai criteri posti dal legislatore, debba o meno continuare a produrre effetti;

2) Eccesso di potere per difetto di motivazione – violazione di legge per violazione ed

errata applicazione dell'art. 3 e 6, L. n. 241/1990 – Violazione di legge per violazione dei principi che presiedono lo svolgimento dell'attività tecnico-discrezionale della S.A. – Violazione dei principi di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost. per carenza di motivazione in ordine all'enunciazione di un interesse pubblico attuale e concreto allo scioglimento del contratto, che si differenzi dalla mera esigenza astratta del ripristino della legalità, unica esigenza di contro richiamata in modo implicito nella delibera impugnata;

3) Violazione di legge e comunque eccesso di potere per violazione degli artt. 3 6 e 10, L. n. 241/1990 – Eccesso di potere per violazione del principio del contraddittorio per omessa valutazione delle osservazioni presentate dal privato, in quanto la S.A. avrebbe dovuto enunciare compiutamente le ragioni che intendeva assumere a fondamento del provvedimento impugnato ed integrarle nella determinazione conclusiva con le argomentazioni finalizzate a confutare la fondatezza delle osservazioni formulate dall'interessato nell'ambito del rapporto procedimentale;

4) Eccesso di potere per travisamento di diritto e di fatto - Eccesso di potere per violazione dei principi di buona amministrazione e per violazione dell'art. 97 Cost., in quanto la Eurocolumbus s.r.l. non potrebbe subentrare al contratto con Simad s.r.l. poiché esso è stato già interamente eseguito, né potrebbe essere parte di un nuovo contratto per la medesima fornitura, visto che la sua proposta aveva validità fino al 24.6.2019 e non comprendeva il servizio di manutenzione ed assistenza tecnica per 48 mesi (doc. n. 16), di contro richiesto ai sensi del Disciplinare di gara, a pena di inammissibilità; La ricorrente, per l'ipotesi in cui il Tribunale ritenesse infondato il ricorso ha chiesto la condanna della S.A. a corrispondere "l'importo da liquidare alla società Simad s.r.l. per il periodo dalla data di collaudo delle apparecchiature all'effettiva riconsegna per l'utilizzo degli archi a C" (cfr. doc. A) sulla base del costo mensile di € 5.000,00 (oltre Iva) di un Arco C.

Si sono costituiti sia l'amministrazione resistente che la controinteressata.

Nella sua memoria, l'amministrazione ha in particolare sottolineato di aver pagato, a fronte della consegna degli archi a C alla Società Simad il 50% del prezzo pattuito (Euro 720.000) - ossia l'importo Euro 360.000,00. Ha inoltre riferito che la società Simad aveva proposto ricorso per decreto ingiuntivo contro la convenuta Azienda per l'intero importo, ricorso accolto dal giudice, e che il Tribunale, disattendendo la richiesta di provvisoria esecutorietà, in considerazione dell'opposizione da parte della convenuta Azienda, ha concesso i termini ex art.183 c.p.c., fissando l'udienza all' 11.4.2022 e poi al 17.4.2023.

Con riferimento al presente ricorso, l'amministrazione ne ha chiesto il rigetto sostenendo la nullità del contratto peraltro stipulato con SIMAD quando giudice amministrativo aveva sospeso gli atti della procedura di affidamento (ordinanza del 24.6.2020).

Anche Eurocolumbus ha depositato una memoria nella quale ha preliminarmente eccepito la carenza di giurisdizione, trattandosi di controversia attinente alla fase esecutiva del contratto, e ha inoltre eccepito la

carenza di interesse per non essere stata impugnata la successiva aggiudicazione alla controinteressata nonché l'inammissibilità del ricorso per violazione dell'art. 40 c.p.a.

Ha inoltre sottolineato che la circostanza che il contratto era stato nel frattempo stipulato non era stata riferita al giudicante né alla stessa Eurocolumbus.

Ha chiesto inoltre comunque il rigetto del ricorso perché infondato.

Con ordinanza n. 1921 del 2022, la Sezione ha chiesto chiarimenti alla amministrazione resistente circa lo stato e le modalità di conservazione degli archi oggetto di fornitura e da ritirare da parte della Simad.

La AOU ha depositato nota prot. nr. 46181 del 14 novembre 2022 con cui ha reso i richiesti chiarimenti, rappresentando che i macchinari sono depositati presso i locali deposito delle strutture assistenziali e non più utilizzate dal 23.9.2022 e che non è pervenuta alcuna comunicazione da parte della Società SIMAD per il ritiro di essi.

Con motivi aggiunti, Simad ha impugnato la deliberazione n. 540 dell'8 giugno 2022 e n. 540 dell'8.06.2022 di aggiudicazione a Eurocolumbus della Gara -LOTTO 1- Fornitura di n. 4 Archi a C (per le esigenze del B.O. di Ortopedia, del B.O. di Urologia, del B.O. di Pediatria, del B.O. della nuova piastra endoscopica) Emergenza da Covid-19 - CIG 82536306F0.

I motivi aggiunti sono come di seguito articolati:

1) Illegittimità dell'aggiudicazione derivata dall'illegittimità della valutazione di congruità (cfr. doc. C) - Violazione di legge per violazione ed errata applicazione degli artt. 14 e 22 del disciplinare di gara - eccesso di potere per omessa istruttoria – eccesso di potere per carenza di motivazione e comunque violazione dell'art 3 L n 241/1990 - Violazione del principio dell'immodificabilità dell'offerta, in quanto Eurocolumbus non sarebbe potuta subentrare nel contratto stipulato da Simad, poiché detto contratto è stato interamente eseguito; l'offerta di Eurocolumbus s.r.l. è ampiamente scaduta (è stata formulata in data 13.06.2019 e aveva validità fino al 24.9.2019,

l'offerta economica non comprendeva il servizio di manutenzione ed assistenza tecnica full-risk per 48 mesi, come richiesto a pena di inammissibilità a norma dell'art. 22 del Disciplinare di gara, ma per soli 12 mesi.

Con ordinanza n. 2104 del 2.12.2022, il Collegio, provvedendo in sede cautelare sul solo ricorso originario, pur ritenendo l'eccezione di inammissibilità per difetto di giurisdizione non manifestamente infondata, ha disposto come misura cautelare l'allocatione, a cura dell'amministrazione resistente, dei macchinari della ricorrente in luogo inaccessibile al pubblico, dove non possano essere utilizzati e ha fissato l'udienza di discussione.

L'udienza pubblica del 2.12.2022, già fissata, è stata rinviata su istanza di Eurocolumbus per assenza dei termini in relazione ai motivi aggiunti.

Eurocolumbus ha eccepito, con successiva memoria, la tardività del ricorso per motivi aggiunti nonché la carenza di interesse alla impugnazione.

La ricorrente ha depositato una memoria contestando la fondatezza di entrambe le eccezioni e sostenendo la sussistenza della giurisdizione amministrativa nel caso in esame in quanto l'articolo 133, comma 1, lettera e) n. 1 del codice del processo amministrativo, in linea con l'orientamento giurisprudenziale maggioritario prevede che *“la giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento di aggiudicazione”*.

In vista dell'odierna udienza tutte le parti hanno depositato memorie e documenti, ulteriormente argomentando le proprie difese.

La causa è stata quindi trattenuta in decisione.

Nel caso di specie, oggetto del ricorso originario, è una deliberazione della AOU denominata come “declaratoria di inefficacia” per nullità negoziale del contratto stipulato con SIMAD s.r.l., adottata sull'assunto che l'annullamento in sede giurisdizionale della aggiudicazione determinasse automaticamente la nullità del contratto.

Si pone dunque all'attenzione del Collegio il tema della sorte del contratto in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione, qualora la gara non debba essere rinnovata ma il giudice non si sia pronunciato sulla domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto, perché non a conoscenza dell'avvenuta stipulazione del contratto di appalto nel tempo di durata del giudizio.

Nello specifico, in effetti, una tale domanda era stata proposta dal controinteressato ma il giudice non si è pronunciato su di essa, in quanto non era a conoscenza della intervenuta conclusione del contratto nel corso del giudizio. (Contratto peraltro stipulato mentre l'efficacia della aggiudicazione era stata cautelatamente sospesa).

Parte ricorrente, contesta nel primo motivo che alcuna caducazione automatica possa verificarsi, deducendo la violazione degli artt. 121 e 122 c.p.a. e sostenendo appunto la sussistenza del potere del giudice di valutare se il contratto, in base ai criteri posti dal legislatore, debba o meno continuare a produrre effetti. Per tale ragione, il provvedimento impugnato sarebbe illegittimo, in quanto unicamente fondato sul convincimento della nullità negoziale del contratto a seguito dell'annullamento della aggiudicazione.

La questione appartiene alla giurisdizione del giudice adito.

Occorre sul punto chiarire che la circostanza che il contratto sia stato stipulato non determina per ciò solo lo spostamento della giurisdizione se: *“Lo scioglimento del vincolo contrattuale non è conseguito a vizi propri del contratto e, men che meno, al mancato adempimento di prestazioni che sono oggetto delle obbligazioni convenute in contratto a carico delle parti contraenti.”* (Consiglio di Stato n. Cons. Stato Sez. V, Sent., 27.01.2022, n. 590, che ha ritenuto la giurisdizione amministrativa in un caso concernente una risoluzione contrattuale dovuta non a inadempimento nell'esecuzione del contratto ma alla ritenuta assenza dei requisiti di partecipazione alla gara e di aggiudicazione in capo all'affidatario.)

Nel caso di specie, il provvedimento impugnato ha dichiarato l'inefficacia del contratto in ragione dell'intervenuto annullamento giurisdizionale della aggiudicazione e pertanto facendo riferimento alla illegittimità della fase prodromica alla stipulazione, con ciò radicandosi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la quale peraltro, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lettera e) n. 1 c.p.a. si estende *“alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento di aggiudicazione”*.

Venendo all'esame nel merito del ricorso, va subito evidenziato che si registrano diversi orientamenti in relazione alla questione della sorte del contratto in seguito all'annullamento della aggiudicazione da parte del giudice. La caducazione automatica del contratto viene talvolta affermata in giurisprudenza a seguito della riforma della sentenza di primo grado, da parte del giudice di appello. Secondo questo orientamento, devono ritenersi automaticamente caducati gli atti, amministrativi e negoziali, posti in essere dall'amministrazione in esecuzione della sentenza di primo grado che questa Sezione ha riformato in applicazione *“della regola del cd. effetto espansivo esterno della sentenza di appello sancito dall'art. 336 cod. proc. civ., applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio contenuto nell'art. 39, comma 1, cod. proc. amm.”* (in tal senso Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2018, n. 4505).

Di contro, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza sostiene che la caducazione automatica del contratto a seguito dell'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione sia, a seguito dell'entrata in vigore degli artt. 121 e 122 c.p.a., venuta meno, occorrendo comunque una pronuncia del giudice di inefficacia.

Secondo alcuni, la parte che abbia ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione (ovvero degli atti della procedura di gara) dovrebbe poi proporre domanda al giudice ordinario per ottenere la declaratoria di sopravvenuta inefficacia del contratto (così Cons. Stato, sez. III, 27 dicembre 2017, n. 6115; V, 16 dicembre 2016, n. 5322).

Secondo un altro orientamento, si esclude che all'annullamento dell'aggiudicazione, in mancanza di espressa decisione del giudice, possa conseguire la caducazione automatica del contratto (così, sia pure in *obiter* Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 2018, n. 6131), che, dunque, rimarrebbe in vita, fatte salve le determinazioni assunte dall'amministrazione in conseguenza dell'annullamento degli atti di gara.

Da ultimo, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto possibile disporre, in sede di ottemperanza, la caducazione del contratto d'appalto su ricorso proposto dalla parte vincitrice contenente domanda di subentro in ragione dell'inerzia tenuta dall'amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 2015, n. 407; III, 19 dicembre 2011, n. 6638; Cons. giust. amm. Reg. Siciliana, sez. giuris. 25 febbraio 2013, n. 276).

Il Consiglio di Stato, V sezione, nella sentenza n. 5500/2019, nel recepire tale ultimo orientamento, ha affermato che: *“È noto che prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo la questione della sorte del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice aveva dato luogo ad orientamenti contrastanti, sia in punto di effetti dell'annullamento sul contratto, sia quanto al giudice competente a dichiararli.*

(..) il legislatore ha inteso superare definitivamente ogni questione attraverso l'apparato normativo costituito dagli artt. 121 e seguenti del codice del processo amministrativo: è stato, così, stabilito che spetta al giudice amministrativo, che abbia annullato l'aggiudicazione, dichiarare l'inefficacia del contratto distinguendo i casi in cui la dichiarazione di inefficacia è necessaria da quelli in cui è solo possibile. Altre disposizioni sono dedicate alle sanzioni alternative (art. 123 del codice) e alla tutela in forma specifica o per equivalente (art. 124 del codice).

L'attuale disciplina normativa richiede, dunque, al giudice che abbia annullato l'aggiudicazione, in presenza di espressa domanda di parte, di valutare la sorte del contratto d'appalto che sia stato stipulato.

Ne segue una prima conclusione: in mancanza di espressa pronuncia del giudice, che sia il frutto di una ponderata valutazione dell'interesse pubblico, all'annullamento dell'aggiudicazione non segue la caducazione, tanto meno automatica, del contratto.”

Tale orientamento è stato recentemente ripreso da Cons. Stato Sez. V, Sent., 29.04.2020, n. 2731 e Sent. 14.07.2022, n. 6014 e sez. VI n. 788/2021, tutte rese nel caso in cui il giudice non si fosse pronunciato sulla declaratoria di inefficacia del contratto.

Il Collegio ritiene di condividere tale ultimo orientamento, in quanto più conforme alla disciplina normativa.

Gli artt. 121 e 122 c.p.a. infatti attribuiscono unicamente al giudice il potere di dichiarare l'inefficacia del contratto e, anche nei casi caratterizzati dalle violazioni più gravi, è sempre rimesso al giudice il potere di effettuare un bilanciamento tra i vari interessi coinvolti. Infatti, il comma 2, dell'art. 121 c.p.a., dispone testualmente che “*(i)l contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti*”. Inoltre, lo stesso comma 1 dell'art. 121 c.p.a. attribuisce al giudice il potere di precisare “*in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva*”.

Per quanto riguarda i casi meno gravi di cui all'art. 122 c.p.a., inoltre, il codice prevede che la scelta di declaratoria di inefficacia del contratto e della sua decorrenza debba avvenire alla stregua di valutazioni discrezionali che tengano conto in particolare: “*degli interessi delle parti, 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 subentrare nel contratto”.

In sostanza, ciò che emerge dalla lettera del codice è che il contratto potrebbe anche rimanere efficace dopo l’annullamento giurisdizionale dell’aggiudicazione e che tale decisione è rimessa all’apprezzamento del giudice, unico deputato a valutare e contemperare in una delicata operazione di bilanciamento i vari interessi coinvolti.

Ad avviso del Collegio, tali considerazioni escludono in radice che possa configurarsi come effetto dell’annullamento giurisdizionale dell’aggiudicazione una caducazione automatica del contratto, perché una tale conseguenza precluderebbe al giudice le valutazioni e i poteri che la norma espressamente gli attribuisce circa il permanere dell’efficacia del contratto in taluni casi.

La giurisprudenza amministrativa, all’indomani dell’entrata in vigore del codice del processo amministrativo ha affermato esattamente questi principi, sottolineando come gli artt. 121 e 122 c.p.a. abbiano modificato l’assetto ordinamentale precedente imperniata sulla caducazione automatica del contratto (v. ad es. Cons. Stato, Sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6638, in Foro amm.-C.d.S., 2011, 3652; Cons. Stato, Sez. VI, 12 dicembre 2012, n. 6374) e abbiano comportato la natura costitutiva della declaratoria di inefficacia da parte del giudice. Principi che poi sono stati ripresi dalla giurisprudenza più recente sopra riferita.

In tale quadro normativo, la giurisprudenza tuttavia sostiene che l’amministrazione, nel caso in cui sia stata giudizialmente annullata l’aggiudicazione e il giudice non si sia pronunciato sulla efficacia del contratto, non può rimanere inerte.

Si è infatti condivisibilmente affermato che: *“la stazione appaltante (...) è tenuta a valutare se, alla luce delle ragioni che hanno determinato l’annullamento dell’aggiudicazione, permangano o meno le condizioni per la continuazione del rapporto contrattuale in essere con l’operatore*

economico (illegittimo) aggiudicatario, ovvero se non risponda maggiormente all'interesse pubblico, risolvere il contratto e indire una nuova procedura di gara (in applicazione del potere riconosciuto ora dall'art. 108, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; cfr. Cons. Stato, sez. IV 5 maggio 2016, n. 1798)." (Consiglio di Stato sez. V, 22/11/2019, n.7976; Cons. Stato Sez. V, Sent., 29.04.2020, n. 2731 e Sent. 14.07.2022, n. 6014).

Il richiamo all'art. 108 del d.lgs. 50/2016, in questo contesto, da parte della citata giurisprudenza, appare dirimente, in quanto detto articolo, al comma 1, fa appunto riferimento ad ipotesi di risoluzione del contratto dovute a vizi della fase dell'evidenza pubblica o alla necessità di una rinnovazione della gara (per superamento delle soglie o modifica sostanziale del contratto), tanto che esso è stato ricondotto dalla giurisprudenza nell'ambito dell'esercizio dell'autotutela decisoria trattandosi di decisione assunta sulla base del migliore perseguimento dell'interesse pubblico, e di conseguenza nella giurisdizione amministrativa, ancorché la "risoluzione" intervenga in corso di esecuzione del contratto. (In termini, si veda Consiglio di Stato n. Cons. Stato Sez. V, Sent., 27.01.2022, n. 590)

Ed infatti, se è vero che – come si è detto - non si verifica la caducazione automatica del contratto, l'amministrazione può tuttavia esercitare i poteri attribuiti dal codice dei contratti in materia (riconducibili come si è detto nell'ambito generale dell'autotutela) ed incidere così sulla perdurante efficacia del contratto, determinandone eventualmente la "risoluzione", con effetto *ex nunc*.

Va inoltre rilevato che la recente giurisprudenza amministrativa riconosce la possibilità per l'amministrazione di esercitare il potere di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione della gara, anche dopo la stipulazione del contratto, con conseguente inefficacia di quest'ultimo, stante la stessa consequenzialità tra aggiudicazione e stipulazione del contratto. (Consiglio di Stato sez. V, 27/01/2022, n.590; T.A.R. Campania Napoli Sez. I, 22/07/2022, n. 4908). Tale interpretazione rinviene il proprio fondamento normativo dopo

le riforme della legge 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. (cfr. in termini, anche Cons. Stato, V, 1 febbraio 2021, n. 938; V, 1 aprile 2019, n. 2123; V, 30 aprile 2018, n. 2601). Si sostiene inoltre che ciò che è precluso a seguito della stipulazione del contratto, secondo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria del Cons. St. nella sentenza n. 14 del 2014, sarebbe soltanto l'esercizio del potere di revoca, ma non anche di quello di annullamento d'ufficio, che per sua natura presuppone il riscontro di un vizio di legittimità dell'atto oggetto di annullamento.

In questo quadro, deve riconoscersi un potere dell'amministrazione, vuoi fondato sui generali principi dell'autotutela amministrativa, vuoi sulla espressa previsione dell'art. 108 del codice dei contratti, di incidere unilateralmente sulla efficacia del contratto per ragioni riconducibili ai vizi della fase della evidenza pubblica.

E' per tali motivi che il primo motivo di ricorso, volto a censurare la violazione di legge per violazione degli artt. 121 e 122 c.p.a. – Eccesso di potere per assunzione dell'errato presupposto di diritto che all'annullamento dell'aggiudicazione consegua ipso iure la nullità del contratto, deve essere respinto.

Dunque, se è vero che – come sostiene la ricorrente - l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione non comporta di per sé l'inefficacia del contratto per caducazione automatica, ciò non significa tuttavia che l'amministrazione non possa comunque incidere sul contratto già stipulato, qualora si rinvenivano vizi della aggiudicazione.

In questo caso, la valutazione sulla sussistenza dell'interesse pubblico al venir meno del vincolo contrattuale è fatta direttamente dalla amministrazione, senza necessità dell'intervento del giudice. In questo senso, si ravvisa una differente posizione tra l'amministrazione e il ricorrente privato a seguito di

annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione senza declaratoria di inefficacia del contratto da parte del giudice.

Ed infatti, mentre il ricorrente privato non può invocare, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, la nullità del contratto ma, nell'inerzia dell'amministrazione, deve comunque agire, mediante il giudizio di ottemperanza, per ottenere una declaratoria di inefficacia del contratto, l'amministrazione conserva intatti i suoi poteri di autotutela e pertanto, dopo l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione, può valutare se sia opportuno o meno mantenere l'efficacia del contratto o svincolarsene.

E' questa ciò che afferma la giurisprudenza della V sezione del Consiglio di Stato sopra citata quando fa riferimento alla circostanza che l'amministrazione *“non può rimanere inerte”* ma è *“è tenuta a valutare se, alla luce delle ragioni che hanno determinato l'annullamento dell'aggiudicazione, permangano o meno le condizioni per la continuazione del rapporto contrattuale in essere con l'operatore economico (illegittimo) aggiudicatario, ovvero se non risponda maggiormente all'interesse pubblico, risolvere il contratto e indire una nuova procedura di gara”*.

Ora nel caso di specie l'amministrazione ha esattamente fatto ciò che le era richiesto: non è rimasta inerte e ha ritenuto che le ragioni dell'annullamento dell'aggiudicazione non consentissero il permanere della continuazione del rapporto contrattuale, peraltro stipulato in pendenza di sospensione cautelare dell'aggiudicazione, e ha quindi dichiarato l'inefficacia del contratto.

E' vero che l'amministrazione non ha espressamente dichiarato di agire con i poteri di cui all'art. 108 del codice dei contratti, ma – sulla scorta del parere dell'avvocatura - ha fatto leva sulla nullità del contratto a seguito dell'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione.

Tuttavia, spetta al G.A. qualificare gli atti amministrativi oggetto di giudizio; si tratta di un potere ufficioso, il cui esercizio non è vincolato né dall'intitolazione dell'atto, né tanto meno dalle deduzioni delle parti in causa. L'esatta qualificazione di un provvedimento va, infatti, effettuata tenendo

conto del suo effettivo contenuto e della sua reale causa, anche a prescindere dal *nomen iuris* formalmente attribuito dall'Amministrazione, con la conseguenza che l'apparenza derivante da una terminologia eventualmente imprecisa o impropria, utilizzata nella formulazione testuale dell'atto stesso, non è vincolante né può prevalere sulla sostanza e neppure determina di per sé un vizio di legittimità dell'atto, purché ovviamente sussistano i presupposti formali e sostanziali corrispondenti al potere effettivamente esercitato. (Consiglio di Stato sez. V, 02/11/2021, n.7320; T.A.R. Napoli, (Campania) sez. V, 04/07/2022, n.4518).

L'atto oggetto del presente giudizio, ad avviso del Collegio, va appunto qualificato come atto unilaterale risolutivo ai sensi dell'art. 108, comma 1, del codice appalti n. 163/2016, ovvero come esercizio di autotutela, considerato che l'amministrazione nell'avviso di avvio del procedimento aveva espressamente menzionato la "risoluzione contrattuale" e che nel provvedimento di declaratoria di inefficacia si formula espresso invito a *"quantificare l'importo da liquidare alla Soc. Simad S.r.l. per il periodo dalla data di collaudo delle apparecchiature all'effettiva riconsegna per l'utilizzo degli archi a C sopraindicati;"* così chiarendo l'efficacia *ex nunc* e non *ex tunc* della declaratoria di inefficacia.

Per tali ragioni, il primo motivo di ricorso deve essere respinto.

Con il secondo motivo, parte ricorrente deduce il difetto di motivazione e di istruttoria in ordine all'enunciazione di un interesse pubblico attuale e concreto allo scioglimento del contratto.

Il motivo va disatteso.

La ragione per cui il contratto è stato dichiarato inefficace è chiaramente ricondotta dalla amministrazione all'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, annullamento disposto in quanto il prodotto offerto (da SIMAD) presentava caratteristiche così diverse da quelle indicate nelle specifiche tecniche come requisiti minimi da configurarsi la fattispecie

dell'aliud pro alio, come testualmente riportato nel provvedimento impugnato.

Va inoltre rilevato che la sentenza in questione, presupponendo che non fosse stato stipulato alcun contratto (in quanto era stata disposta la sospensione cautelare dell'aggiudicazione), ha disposto l'annullamento dell'aggiudicazione con l'evidente conseguenza di imporre, quale effetto conformativo del giudicato, una nuova aggiudicazione alla seconda classificata.

Il giudicato, dunque, è sotto questo profilo vincolante, in quanto le parti non hanno introdotto nel giudizio, nemmeno in appello, il tema della possibilità di mantenere o meno l'efficacia del contratto, non rappresentando la circostanza che il contratto fosse stato stipulato.

In questo quadro, l'amministrazione non aveva – alla luce del giudicato – alcun potere discrezionale di valutare la permanenza in vita del contratto, ma non poteva far altro che dichiararlo inefficace al fine di poter aggiudicare la fornitura ad Eurocolumbus.

Pertanto, il vizio di difetto di motivazione e di istruttoria non può essere accolto, non essendovi in capo alla amministrazione altro obbligo che quello di rappresentare la sua volontà di uniformarsi al giudicato amministrativo, stante la sua vincolatività.

Con il terzo motivo, parte ricorrente deduce la violazione del principio del contraddittorio procedimentale per omessa valutazione delle osservazioni presentate dal privato, in quanto la S.A. avrebbe dovuto enunciare compiutamente le ragioni che intendeva assumere a fondamento del provvedimento impugnato e confutare la fondatezza delle osservazioni formulate dalla ricorrente nell'ambito del rapporto procedimentale.

Anche questa censura non può essere accolta.

La stazione appaltante ha infatti instaurato correttamente il contraddittorio procedimentale, mediante comunicazione di avviso di avvio del procedimento del 3.2.2022. Tuttavia, non era tenuta a confutare partitamente le varie osservazioni mosse dal SIMAD (che peraltro non sono presenti agli atti) in

quanto, come si è detto, era vincolata alla risoluzione del contratto in ragione del giudicato. Trattandosi di provvedimento che, nello specifico, ha assunto contenuto vincolato, può comunque in ogni caso applicarsi l'art. 21 octies l. 241/90.

Il quarto motivo, infine, va dichiarato inammissibile perché attinente alla diversa questione del subentro del controinteressato Eurocolumbus, che non costituisce oggetto del provvedimento impugnato ma di ulteriore e diversa serie procedimentale, sfociata poi nella aggiudicazione al controinteressato della fornitura.

Il ricorso in conclusione va respinto.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti, con cui la ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione dell'appalto ad Eurocolumbus, anch'essi sono infondati e vanno pertanto respinti, il che esime il Collegio dall'esame dei profili di inammissibilità per carenza di interesse.

Va però subito evidenziato che i motivi aggiunti sono inammissibili nella parte in cui impugnano l'atto di conferma della validità tecnica dell'offerta presentata dalla società Eurocolumbus a firma del Presidente della Commissione del 24.03.2022 e scrittura privata del 4.07.2022 rep. n. 384 sottoscritta dall'AOU Federico II e da società Eurocolumbus, trattandosi di atti di soggetti privati.

Con l'unico motivo aggiunto, la SIMAD deduce: illegittimità dell'aggiudicazione derivata dall'illegittimità della valutazione di congruità - Violazione di legge per violazione ed errata applicazione degli artt. 14 e 22 del disciplinare di gara - eccesso di potere per omessa istruttoria – eccesso di potere per carenza di motivazione e comunque violazione dell'art 3 L n 241/1990 - Violazione del principio dell'immodificabilità dell'offerta, poiché Eurocolumbus non sarebbe potuta subentrare nel contratto stipulato da Simad, in quanto (i) detto contratto è stato interamente eseguito (ii) l'offerta di Eurocolumbus s.r.l. è ampiamente scaduta (è stata formulata in data 13.06.2019 e aveva validità fino al 24.9.2019, cfr. doc. n. 4, sotto la voce

“validità dell’offerta”); (iii) l’offerta economica non comprendeva il servizio di manutenzione ed assistenza tecnica full-risk per 48 mesi, ma di soli 12 mesi (cfr. doc. n. 4), come richiesto a pena di inammissibilità a norma dell’art. 22 del Disciplinare di gara (cfr.doc. n. 5).

Il motivo va respinto.

Va in primo luogo ricordato che la questione del servizio di assistenza tecnica full risk per 12 mesi, anziché per 48 mesi, è già stata esaminata in sede di merito ed è pertanto coperta da giudicato (avendo la sentenza 4549/2020 respinto il ricorso incidentale proposto da SIMAD).

L’offerta di Eurocolumbus, ancorché scaduta, risulta tuttavia essere stata confermata nella sua validità appunto per consentire il suo subentro nella fornitura (cfr. nota 24.3.2022).

Si tratta di una forma di esecuzione in forma specifica del giudicato, che ha imposto – come si è detto – alla amministrazione di aggiudicare la fornitura alla Eurocolubus, Pertanto, correttamente l’amministrazione ha provveduto in tal senso, impegnandosi contestualmente a determinare il corrispettivo da versare a SIMAD per l’uso dei macchinari per il periodo di efficacia del contratto.

In conclusione, dunque, i motivi aggiunti vanno respinti.

Per quanto attiene alle domande, proposte in via subordinata, di condanna della amministrazione a pagare a favore di Simad s.r.l. l’importo di € 360.000,00 (oltre Iva), a titolo di corrispettivo dell’uso dei sei archi C per cui è causa da agosto 2020 fino al 31 luglio 2022, e di condanna della l’A.O.U. Federico II a corrispondere a Simad s.r.l. la somma di € 360.000,00 o la maggiore e/o minore somma che dovesse risultare in corso di causa, a titolo del risarcimento del danno subito da Simad s.r.l., esse sono inammissibili per difetto di giurisdizione, in quanto attengono alla esecuzione del contratto tra SIMAD e AOU Federico II per il periodo in cui esso ha avuto efficacia.

Dette domande potranno pertanto essere riassunta dinanzi al giudice ordinario, secondo i principi della *translatio iudicii*.

Le spese, considerata la complessità delle questioni trattate, possono essere compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato da motivi, come in epigrafe proposto, così provvede:

Respinge il ricorso e i motivi aggiunti;

Dichiara inammissibili per difetto di giurisdizione le domande di condanna al pagamento di di € 360.000,00 (oltre Iva) a titolo di pagamento dell'uso dei sei archi C per cui è causa da agosto 2020 fino al 31 luglio 2022, ovvero a titolo del risarcimento del danno subito da Simad s.r.l.;

Compensa le spese.

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

Così deciso in Napoli nelle camere di consiglio dei giorni 2 marzo 2023 e 30 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente

Maria Laura Maddalena, Consigliere, Estensore

Daria Valletta, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Maria Laura Maddalena

IL PRESIDENTE
Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO