



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 711 del 2020, proposto da Marco Valvo, rappresentato e difeso dagli avvocati Liliana D'Amico e Adriana Rita Palumbo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

RE.SE.T.-Rete Servizi Territoriali Palermo S.c.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Provenzano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, e con domicilio fisico eletto presso lo studio del predetto difensore in Palermo, via E. Notarbartolo n. 44;

per l'annullamento

- della Determinazione dell'Amministratore Unico della Re.Se.T. Rete Servizi Territoriali Palermo s.c.p.a. del 5 marzo 2020, numero 1963 di protocollo, pubblicata sul sito della Re.Se.T. il 21 aprile 2020, con la quale l'Amministratore Unico, in riscontro alla proposta di aggiudicazione del

R.U.P. relativamente all'“Affidamento dell'incarico di RSPP (Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione) ed attività correlate al D.lgs. 81/08 e ss.mm.ii – La durata dell'incarico sarà triennale dal 01/01/2020 sino al 31/12/2022”, C.I.G. 812737385D ha disposto di non poter procedere all'aggiudicazione definitiva, chiedendo al RUP di annullare in autotutela la gara ai sensi dell'articolo 21 nonies e 21 quinquies della legge numero 241/90, di bandire una nuova gara e di assicurare continuità della funzione di RSPP;

- del parere legale a firma congiunta dell'Avvocato Francesco Provenzano e dell'Amministratore Unico della Re.Se.t. del 29 aprile 2020, col quale è stato rigettato il reclamo presentato dall'Ingegnere Valvo;

- del provvedimento del R.U.P. non conosciuto, non comunicato e non pubblicato col quale è stato disposto l'annullamento in autotutela la gara in oggetto;

- del provvedimento del R.U.P. non conosciuto, non comunicato e non pubblicato col quale è stata bandita una nuova gara;

- nonché di ogni altro atto e/o provvedimento antecedente o successivo, comunque presupposto connesso e/o consequenziale (ivi espressamente inclusa la proroga dell'incarico di RSPP, concessa alla Società Ergon Ambiente e Lavoro s.r.l. il 19 aprile 2020, numero 2332 di protocollo, gestore dell'incarico dal 2015);

- nonché per l'accertamento e la declaratoria del diritto del ricorrente a conseguire l'aggiudicazione e la stipula del relativo contratto;

- nonché, in subordine, per la condanna della Stazione appaltante al risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale subito dalla ricorrente a causa del comportamento della stazione appaltante per violazione dei doveri di buona fede e correttezza ai sensi degli articoli 1337 e 2043 del Codice Civile e comunque per il diritto ad ottenere l'indennizzo di cui all'articolo 21 quinquies della legge numero 241/90.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto il decreto cautelare n. 629/2020;

Vista l'istanza cautelare presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società RE.SE.T. - Rete Servizi Territoriali Palermo S.c.p.A.;

Vista la memoria depositata dalla parte ricorrente, con contestuale istanza di discussione orale, ai sensi dell'art. 4 del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28;

Vista la memoria e la documentazione depositata dalla società resistente, e vista la replica di parte ricorrente;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 84, co. 5, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, e visto il su citato art. 4 del d.l. n. 28/2020;

Relatore il consigliere Maria Cappellano alla camera di consiglio del giorno 9 giugno 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, tramite applicativo come indicato a verbale, e sentite le parti ai sensi del citato art. 4 del d.l. n. 28/2020 (v. verbale d'udienza);

Visto l'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A. – Con il ricorso in epigrafe, l'odierno istante ha impugnato sia l'atto con il quale l'Amministratore Unico della società intimata ha chiesto al Responsabile Unico del procedimento (RUP) di procedere all'annullamento della gara – per indirne una nuova – per l'affidamento dell'incarico triennale di Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione (RSPP), alla quale il ricorrente ha partecipato ed è stato individuato quale aggiudicatario provvisorio; sia, ha contestato l'atto di reiezione del reclamo presentato e il provvedimento di proroga di tale incarico alla società che attualmente lo gestisce.

Con lo stesso mezzo, è stato impugnato il provvedimento del RUP, dichiaratamente non conosciuto, di indizione della nuova gara.

Espone, al riguardo:

- di avere partecipato alla procedura negoziata indetta dall'intimata stazione appaltante per l'affidamento del suddetto incarico, per una durata triennale, svoltasi nella seduta del 28 febbraio 2020 presso la sede della società;
- di avere effettuato istanza di accesso al fine di ottenere la pubblicazione degli esiti della gara, con conseguente pubblicazione sia del verbale del 28 febbraio 2020, dal quale risulta la proposta di aggiudicazione in suo favore; sia, della determinazione dell'Amministratore Unico del 5 marzo 2020, di non approvazione della proposta di aggiudicazione;
- di aver presentato a tal fine reclamo, rigettato con atto del 29 aprile 2020, pure impugnato unitamente alla proroga dell'incarico in questione alla stessa ditta, alla quale risulta essere stato affidato da cinque anni.

Ha dedotto avverso tali atti l'articolata censura di *Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 10 della lex specialis – Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 32, 33 e 95 del Codice degli appalti - Violazione e/o falsa applicazione degli articoli 1, 3, 21 quinquies e 21 nonies della legge numero 241/90 - Violazione e/o falsa applicazione degli articoli 30, 68 e 124 del Codice degli appalti e delle Linee Guida ANAC, numero 4 di attuazione del decreto legislativo numero 50/2016 - Violazione e/o falsa applicazione della Direttiva del 26 febbraio 2014, numero 2014/24/UE – Violazione e/o falsa applicazione degli articoli 32 e 33 del decreto legislativo numero 81/08 - Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 41 e 97 della Costituzione – Eccesso di potere per motivazione falsa, apparente e/o carente e per difetto di istruttoria, per sviamento, per violazione dei principi di trasparenza, buon andamento, imparzialità dei procedimenti di gara ed efficienza dell'azione amministrativa - Eccesso di*

potere per erroneità, illogicità, incoerenza, contraddittorietà, travisamento e carenza dei presupposti di fatto e diritto ed ingiustizia manifesta.

In via subordinata, ha dedotto la *Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 1337 e 2043 del Codice Civile per violazione dei doveri di buona fede e correttezza nelle trattative - Violazione dei principi di trasparenza, proporzionalità, buon andamento ed efficienza dell'azione amministrativa* –

Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 21 quinquies della legge numero 241/90.

Ha, quindi chiesto l'annullamento degli atti impugnati, l'aggiudicazione definitiva in suo favore e, in via subordinata, il risarcimento del danno asseritamente cagionatogli, anche a titolo di responsabilità precontrattuale, oltre all'indennizzo *ex art. 21 quinquies* della l. n. 241/1990.

B. – Con decreto n. 629/2020 è stata respinta l'istanza di misure cautelari monocratiche, con contestuale rilievo in ordine a possibili profili di parziale inammissibilità del ricorso.

C. – Si è costituita in giudizio RE.SE.T.- Rete Servizi Territoriali Palermo S.c.p.A. (d'ora in poi solo RESET).

D. – Con memoria difensiva il ricorrente, oltre ad argomentare in ordine ai profili indicati nel decreto n. 629/2020, ha presentato istanza di discussione orale, ai sensi dell'art. 4 del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28.

RESET ha avverso il ricorso, eccependone preliminarmente l'inammissibilità, sia per la mancata notifica alla ditta cui è stato prorogato l'incarico; sia, per la natura endoprocedimentale della direttiva dell'Amministratore Unico, nonché per la genericità dei motivi; nel merito, ha chiesto il rigetto del ricorso in quanto infondato.

A tale scritto difensivo ha replicato il ricorrente, insistendo nelle conclusioni già rassegnate.

E. – Alla camera di consiglio del giorno 9 giugno 2020, tenutasi ai sensi dell'art. 84, co. 5, del d.l. n. 18/2020 – presenti i difensori delle parti in

applicazione dell'art. 4 del d.l. n. 28/2020, come da verbale – la causa è stata posta in decisione, dando contestualmente avviso della possibilità della definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata.

F. – Ritiene preliminarmente il Collegio che il giudizio può essere definito con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm. e adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione delle istanze cautelari, sussistendone tutti i presupposti; possibilità, questa, espressamente prevista dall'art. 84, co. 5, del d.l. n. 18/2020, e indicata alle parti in sede di discussione orale.

G. – Deve in via preliminare darsi atto che il ricorso, nella parte in cui si contesta la prima proroga dell'incarico ad altra ditta, presenta in effetti i già rilevati ed eccepiti profili di inammissibilità, in quanto non è stato notificato alla società controinteressata, ex art. 41, co. 2, cod. proc. amm.; il che rende il ricorso inammissibile in parte qua a prescindere dalla circostanza – solo successivamente evidenziata dal ricorrente, e evincibile solo dall'allegata documentazione – per cui la gravata proroga era prevista dal 1° marzo al 30 aprile 2020 (sebbene indicata nell'epigrafe del ricorso come “proroga dell'incarico di RSPP, concessa alla Società Ergon Ambiente e Lavoro s.r.l. il 19 aprile 2020”).

Invero, pur risultando dalla documentazione in atti che l'atto di proroga, già alla data di notifica del ricorso (13-14 maggio 2020) non era più produttivo di effetti – elemento che renderebbe comunque tale impugnazione inammissibile per carenza di interesse – in ogni caso la scelta di prorogare l'incarico è stata oggetto di contestazione, in quanto sostanzialmente ritenuta conseguenziale a quella, asseritamente illegittima, di non aggiudicare la gara in via definitiva al ricorrente; e, pertanto, il gravame avrebbe dovuto essere notificato alla ditta, la quale assume la veste di controinteressata.

Per quanto attiene, poi, al nuovo provvedimento di proroga alla stessa ditta, dal 1° maggio al 31 dicembre 2020 – depositato da RESET – non

può convenirsi con la difesa del ricorrente circa l'eventuale caducazione di tale atto in conseguenza dell'ipotetico accoglimento del ricorso in esame (v. memoria depositata il 5 giugno 2020).

Deve osservarsi in senso contrario che:

- tale prospettata caducazione presupporrebbe la sussistenza di un rapporto tra la direttiva dell'Amministratore Unico e la stessa proroga, tale per cui l'annullamento dell'atto presupposto comporterebbe l'automatico travolgimento dell'atto consequenziale (invalidità ad effetto caducante); effetto, che tuttavia presuppone l'identità del procedimento all'interno del quale vengono emessi i due atti legati dal nesso di presupposizione, non sussistente nel caso di specie;

- si porrebbe, in ogni caso, un problema di carenza di contraddittorio per mancata evocazione in giudizio della ditta affidataria, atteso che l'annullamento di un atto afferente a un procedimento diverso non potrebbe incidere sulla sfera giuridica di un soggetto non coinvolto nella controversia sulla legittimità dell'atto presupposto;

- sicché, considerata la mancata impugnazione della proroga ulteriore e la mancata evocazione in giudizio dell'attuale affidatario, tale atto esula completamente dall'oggetto del giudizio.

Ciò premesso e chiarito, deve invece convenirsi con il ricorrente in ordine al carattere lesivo della direttiva dell'Amministratore Unico e del rigetto del reclamo, in quanto, sebbene il predetto non abbia esplicitamente disposto l'annullamento della gara, ha comunque posto in essere un arresto procedimentale, avuto riguardo alla mancata approvazione della proposta di aggiudicazione, certamente lesivo nella prospettiva del ricorrente.

Deve anche darsi atto che, come reso noto dalla difesa della resistente società, la nuova gara non è stata ancora indetta.

Ne consegue da quanto rilevato che il ricorso, nella parte in cui è stata impugnata la proroga dell'incarico ad altra ditta, deve essere dichiarato inammissibile.

H. – Esaurite le questioni in rito, può ora essere esaminato il ricorso nella parte in cui si contesta la determinazione di non approvare la proposta di aggiudicazione e il successivo rigetto del reclamo.

Per tale parte il ricorso non è fondato; il che consente di prescindere da tutte le questioni sollevate dalla difesa di RESET.

Non è fondata, in particolare, l'unica articolata doglianza, con la quale il ricorrente contesta la determinazione assunta dall'organo competente, di non procedere all'approvazione della proposta di aggiudicazione.

Sostiene parte ricorrente che la decisione di non aggiudicare la gara sarebbe solo apparentemente argomentata, anche tenendo conto del profilo di esperienza e professionalità del ricorrente; e che la scelta di annullare la gara, al fine di introdurre ulteriori requisiti di partecipazione o di esecuzione, è sproporzionata rispetto all'interesse pubblico da perseguire, comportando un'irragionevole restrizione della concorrenza.

Sostiene, inoltre, che tale decisione sarebbe viziata da eccesso di potere.

La prospettazione di parte ricorrente non può trovare adesione.

Osserva il Collegio che:

- per consolidato orientamento, l'aggiudicazione provvisoria - oggi sostituita, con l'entrata in vigore del d. lgs. n. 50/2016, dalla mera "proposta di aggiudicazione" – non è in grado di strutturare una posizione qualificata (cfr., Consiglio di Stato, Sez. III, 11 gennaio 2018, n. 136; Sez. V, 31 agosto 2016, n. 3746);

- è stato, in particolare, rilevato che *“la mancata conferma dell'aggiudicazione provvisoria non è qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, tale da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario, dal momento che l'aggiudicazione provvisoria non è l'atto conclusivo del procedimento (Cons. Stato, Sez. V, 20 aprile 2012, n.2338; id. n. 5266 del 23 ottobre 2014). Pertanto, la natura tipica di atto provvisorio ad effetti instabili dell'aggiudicazione*

provvisoria neppure consentirebbe di applicare nei suoi riguardi la disciplina dettata dagli artt. 21 quinquies e 21 nonies della legge n. 241/1990 in tema di revoca e annullamento d'ufficio (Cons. Stato, Sez. V, 20 agosto 2013, n. 4183).

Per costante giurisprudenza, infatti, l'aggiudicazione provvisoria non dà ancora origine ad un affidamento positivamente tutelabile in sede giudiziaria e neppure impone la comunicazione di avvio del procedimento in autotutela, trattandosi di mero atto endoprocedimentale interno alla procedura di scelta del contraente, per sua natura inidoneo, al contrario dell'aggiudicazione definitiva, ad attribuire in modo stabile il bene della vita ed ad ingenerare il connesso legittimo affidamento (ex multis, Cons. Stato, V, 5 aprile 2012, n. 2007)...” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 23 dicembre 2019, n. 8671; in termini, Sez. III, 6 agosto 2019, n. 5597);

- è stato anche rilevato che “...alle pubbliche amministrazioni che si determinino alla attivazione di procedure preordinate alla stipula di contratti, attraverso la selezione concorrenziale e comparativa della miglior controparte, va riconosciuto – prima della conclusione del relativo procedimento – ampio e generale potere (nella prospettiva del costante adeguamento al vincolo finalistico delle loro condotte) di ripensare la scelte operate in ordine alle modalità di selezione delle controparti negoziali, con l'unico limite del rispetto delle regole qualificate di buona fede e dell'affidamento dei concorrenti, suscettibile di essere, se del caso, salvaguardato...” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 10 aprile 2020, n. 2358);

- rientra, pertanto, nel potere discrezionale della stazione appaltante disporre la revoca degli atti di gara, laddove sussistano in concreto motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare la prosecuzione della gara; e tale attività non è qualificabile come attività di secondo grado (v. Cons. Stato n. 5597/2019 cit.).

Applicando i su esposti principi al caso in esame, deve rilevarsi che, come si evince dagli atti gravati, non si è addivenuti all'aggiudicazione

definitiva, sicché la denunciata violazione degli articoli 21 *quinquies* e 21 *nonies* della l. n. 241/1990 non coglie nel segno.

Non persuade neppure l'adombrata contraddittorietà nella condotta asseritamente tenuta dall'Amministratore Unico, il quale, nella prospettazione di parte ricorrente, avrebbe prima approvato le regole di gara, di cui poi ha richiesto l'annullamento.

Va, in generale, rilevato che la contraddittorietà va apprezzata ponendo a raffronto provvedimenti amministrativi finali, dotati di autonoma lesività, circostanza non sussistente nel caso di specie: la gara risulta essere stata indetta e gestita dal responsabile dell'ufficio gare, al quale l'Amministratore Unico, nel non approvare la proposta di aggiudicazione, ha, seppur sinteticamente, evidenziato le ragioni di interesse pubblico sottese alla scelta di non approvare la proposta e di emendare gli atti di gara.

Non sussiste, pertanto, alcuna contraddittorietà, potendo rinvenirsi tale figura sintomatica dell'eccesso di potere solo allorquando sussista fra più atti successivi un contrasto inconciliabile, tale da far dubitare su quale sia l'effettiva volontà dell'amministrazione; evenienza, che, per le diverse funzioni svolte dal RUP e dall'Amministratore Unico (competente per l'approvazione), nel caso di specie non può essere neppure ipotizzata.

Deve, in ogni caso, osservarsi, con valutazione troncante, che le ragioni poste a fondamento della determinazione assunta dall'Amministratore Unico – di disporre l'annullamento degli atti di gara e l'indizione di una nuova procedura – si presentano di per sé idonee a giustificare la scelta discrezionale operata.

Va, invero, rammentato che:

- la gara alla quale il ricorrente ha partecipato, con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, si è conclusa in un'unica seduta, del 28 febbraio 2020, nella quale la Commissione ha individuato quale aggiudicatario provvisorio il ricorrente;

- la proposta del RUP non è stata approvata dal predetto organo, il quale ha riscontrato: 1) la mancata indicazione, nella lettera di invito, del dimensionamento delle imprese nelle quali è maturato il requisito dell'esperienza quinquennale dei concorrenti; 2) la mancata indicazione dell'ubicazione della sede operativa del RSPP.

A fronte di tali rilievi il ricorrente oppone, in concreto, la sua specifica posizione, evidenziando di avere espletato l'attività in questione in strutture di grandi dimensioni: si tratta, tuttavia, di valutazioni rese *ex post*, che attengono ad uno dei concorrenti alla procedura, alla luce dei rilievi dell'Amministratore Unico; laddove, venendo in rilievo dei requisiti di partecipazione o di esecuzione – e, dunque, attenendo alle condizioni generali della procedura ad evidenza pubblica – gli stessi devono essere preventivamente e in astratto prestabiliti dalla stazione appaltante, al fine di assicurare la selezione del miglior contraente in relazione alle specifiche esigenze.

D'altro canto, in tale peculiare e delicato settore, va rammentato il contenuto dell'art. 32, co. 1, del d. lgs. n. 81/2008 – richiamato dallo stesso ricorrente – il quale prevede che *“1. Le capacità ed i requisiti professionali dei responsabili e degli addetti ai servizi di prevenzione e protezione interni o esterni devono essere adeguati alla natura dei rischi presenti sul luogo di lavoro e relativi alle attività lavorative”*.

Ne consegue che le ragioni esposte dall'Amministratore Unico, che hanno portato alla mancata approvazione della proposta di aggiudicazione, si sottraggono al dedotto eccesso di potere per illogicità e per travisamento dei fatti, anche al lume del generale potere discrezionale di revisione, in autotutela, del proprio operato, spettante alle stazioni appaltanti in presenza di idonei motivi, originari o sopravvenuti, di pubblico interesse.

Per quanto attiene all'ipotetica illegittimità di un'eventuale futura clausola dell'emanando bando restrittiva della concorrenza, com'è noto il Giudice

Amministrativo, ai sensi dell'art. 34, co. 2, cod. proc. amm., non può pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati.

La domanda di annullamento degli atti impugnati, pertanto, in quanto infondata, deve essere respinta; con conseguente reiezione della domanda volta a conseguire l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto.

I. – Anche la domanda risarcitoria per equivalente, formulata in via subordinata con il secondo motivo, non può essere accolta.

La ritenuta legittimità dei provvedimenti impugnati comporta, *de plano*, la reiezione della domanda risarcitoria volta a ottenere il ristoro a titolo di lucro cessante (quale perdita dell'utile che avrebbe conseguito), in quanto il risarcimento per equivalente presuppone l'illegittimità dell'atto impugnato, circostanza che non ricorre nel caso di specie.

Deve anche escludersi il diritto del ricorrente ad ottenere l'indennizzo conseguente a revoca ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della l. n. 241/1990 (pure richiesto), in quanto tale istituto presuppone una posizione stabile, non sussistente nel caso di specie.

Per quanto attiene, infine, alla denunciata responsabilità precontrattuale, come già rilevato, la facoltà di non aggiudicazione rientra nei poteri discrezionali della stazione appaltante, come peraltro espressamente previsto dall'art. 10 della lettera di invito, richiamato nell'atto con cui è stato respinto il reclamo presentato dal ricorrente; circostanza che esclude un qualsivoglia affidamento ingenerato, anche tenendo conto del ristrettissimo lasso di tempo intercorso tra la seduta di gara (28 febbraio 2020) e la determinazione assunta dal competente organo (5 marzo 2020, resa pubblica il 21 aprile).

In ogni caso, manca la prova del danno, genericamente riferita sia alle spese sostenute ai fini della partecipazione alla gara; sia, alla perdita di ulteriori occasioni contrattuali.

L. – Conclusivamente, il ricorso in esame in parte deve essere dichiarato inammissibile; per il resto, in quanto infondato, deve essere rigettato.

M. – Le spese del giudizio, ai sensi degli artt. 26 c.p.a. e 91 c.p.c., seguono la soccombenza e si liquidano nella misura quantificata in dispositivo ai sensi dei minimi tariffari ex d.m. n. 55/2014 in ragione del valore della causa, della media complessità del contenzioso e della concentrazione del rito.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile; per la parte che residua, rigetta la domanda di annullamento e la domanda risarcitoria.

Condanna il ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore di RE.SE.T.-Rete Servizi Territoriali Palermo S.c.p.A., che liquida in € 2.100,00 (euro duemilacenti/00), oltre oneri accessori come per legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, co. 6, del d.l. n. 18/2020 convertito dalla l. n. 27/2020, e dal Presidente del T.A.R. Sicilia n. 48/2020, con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Maria Cappellano, Consigliere, Estensore

Calogero Commandatore, Referendario

L'ESTENSORE
Maria Cappellano

IL PRESIDENTE
Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO

