

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/03/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29048-nessun-apporto-utile-avrebbe-potuto-arrecare-la-partecipazione-del-privato-al-procedimento-di-annullamento-della-gara>

Autore: Lazzini Sonia

Nessun apporto utile avrebbe potuto arrecare la partecipazione del privato al procedimento di annullamento della gara

Tar Campania, Napoli, 10.02.2010 n. 874

Nessun apporto utile avrebbe potuto arrecare la partecipazione del privato al procedimento di annullamento della gara.

Il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara avrebbe suggellato la chiusura di una procedura di affidamento che, in quanto svoltasi nella cornice delle predette disposizioni legislative giudicate incompatibili con gli obblighi comunitari della Repubblica, risultava essere ab origine in contrasto con i menzionati principi della Comunità europea.

In questi termini, non può negarsi la sussistenza di un prevalente interesse pubblico a porre nel nulla la gara, idoneamente ancorché stringatamente evidenziato nell'atto impugnato, anche al di là degli ulteriori profili evocati di possibili risparmi di spesa o di miglioramenti nella qualità dell'offerta

Quanto, infine, alla domanda di risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale, posto che il dispositivo della sentenza della Corte di Giustizia è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. C 51 del 23 febbraio 2008, cioè pochi giorni prima dell'aggiudicazione provvisoria, e che dalla documentazione agli atti di gara emerge che l'I.N.P.S. ha avuto notizia della decisione, ad opera dell'U.T.G. di Salerno, in data 16 aprile 2008, non appare sussistente l'elemento soggettivo della colpa; l'I.N.P.S. ha inoltre documentato che la ricorrente, precedente affidataria del servizio in questione, ha continuato a svolgerlo in qualità di affidataria temporanea in virtù di successivi provvedimenti almeno sino a tutto il mese di giugno 2009, con evidenti ripercussioni sull'esistenza e consistenza di un danno che, peraltro, non è stato quantificato e provato in giudizio.

E' controversa in giudizio la legittimità del provvedimento indicato in epigrafe con cui l'I.N.P.S. ha annullato la gara per l'affidamento di servizi di vigilanza delle proprie strutture della provincia di Caserta e Salerno provvisoriamente aggiudicata, quanto al lotto di Caserta, alla odierna ricorrente.

Con quattro complessi motivi di gravame la ricorrente, denunciando plurimi profili di violazioni di legge ed eccesso di potere, sostiene:

- col primo motivo di ricorso, che l'INPS non le avrebbe consentito di partecipare al procedimento conclusosi con gli atti impugnati e non avrebbe osservato gli obblighi di buona fede e correttezza a tutela del legittimo affidamento alla regolare definizione della procedura di gara, incorrendo perciò in responsabilità precontrattuale, né le avrebbe corrisposto l'indennizzo di cui all'art. 21 quinquies l. 241/90;

- col secondo motivo di ricorso, che difetterebbero i presupposti per l'esercizio del potere di autotutela, la cui attivazione sarebbe stata sorretta da motivazione inadeguata, insufficiente ed inesatta, mancando ragioni di pubblico interesse che giustificassero l'incisione della posizione di essa ricorrente, essendo già intervenute l'aggiudicazione provvisoria, la verifica del possesso dei requisiti e la consumazione del termine stabilito dall'art. 12 d.lgs. 163/2006, sì da doversi avere per approvata l'aggiudicazione provvisoria. In particolare, l'I.N.P.S. avrebbe errato nel ritenere di dover annullare la gara in ossequio ai principi affermati dalla Corte di Giustizia nella decisione del 13 dicembre 2007, poiché l'amministrazione sarebbe stata, viceversa, vincolata all'osservanza della lex specialis di gara - soggetta al principio tempus regit actum ed insensibile all'eventuale ius superveniens -, non potendo, perciò, produrre alcun effetto invalidante una sentenza, quale quella della Corte, posteriore sia al bando che alla lettera di invito; l'I.N.P.S. avrebbe, inoltre, tenuto un comportamento contraddittorio e gravemente lesivo della posizione legittimamente maturata come aggiudicataria, poiché l'effettivo svolgimento della gara sarebbe posteriore sia alla pubblicazione della sentenza della Corte di Giustizia che alla circolare del Ministero dell'Interno; la motivazione a giustificazione dell'annullamento della gara e dell'indizione di una nuova procedura selettiva, con riferimento al possibile risparmio di spesa conseguente alla abolizione dei limiti tariffari, non sarebbe stata supportata da alcun elemento concreto e da nessuna istruttoria o ricerca di mercato e, comunque, avrebbe erroneamente presupposta una vincolatività delle tariffe di legalità da tempo smentita in giurisprudenza, meramente probabilistica risultando, infine, la

motivazione concernente il possibile incremento della qualità dell'offerta per effetto dell'accresciuta concorrenza, posto che non vi sarebbero ulteriori istituti di vigilanza autorizzati, oltre a quelli invitati alla gara annullata;

- col terzo motivo di ricorso, che l'I.N.P.S. avrebbe dovuto provvedere alla determinazione dell'indennizzo ai sensi dell'art. 21 quinquies l. 241/90, alla cui corresponsione l'Istituto andrebbe, dunque, condannato ;

- col quarto motivo di ricorso, che l'I.N.P.S. andrebbe, altresì, condannato al risarcimento, a titolo di responsabilità precontrattuale, del danno patito da essa ricorrente per le spese inutilmente sopportate per la partecipazione alla gara, per gli investimenti non ammortizzati e per la perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione di contratti analoghi.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il ricorso è infondato.

La determinazione di annullamento della gara, provvisoriamente aggiudicata alla odierna ricorrente, trova fondamento nella sentenza della Corte di giustizia CE (sez. II) del 13 dicembre 2007, in causa C-465/05 (Commissione delle Comunità europee c/ Repubblica Italiana), che ha riconosciuto che l'Italia è venuta meno agli obblighi derivanti dagli artt. 43 e 49 del Trattato istitutivo della Comunità Europea (libertà di stabilimento; libera prestazione di servizi) in relazione a talune norme del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, e relativo regolamento di esecuzione, concernenti l'esercizio della attività di guardia particolare e di vigilanza privata, tra cui le disposizioni che richiedevano il previo rilascio di una autorizzazione prefettizia con efficacia territoriale ristretta, il possesso di una sede operativa nella provincia di attività ed una limitazione alla libera fissazione delle tariffe.

Ai sensi dell'art. 228 del Trattato, lo Stato giudicato inadempiente ha l'obbligo di conformarsi alla sentenza della Corte ed in particolare «è tenuto a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di giustizia comporta».

L'obbligo di osservanza della sentenza della Corte (che già ha indotto il legislatore nazionale alla novella del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza operata con l'art. 4 del d.l. 8 aprile 2008, n. 59, convertito in legge 6 giugno 2008, n. 101), e prima ancora del diritto comunitario dalla stessa dichiarato, preclude all'amministrazione nazionale di adottare atti e provvedimenti in contrasto con le sue statuizioni.

Per costante giurisprudenza della Corte di giustizia sulla unitaria responsabilità dello Stato in sede comunitaria, il predetto obbligo incombe su tutte le amministrazioni pubbliche nazionali.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 874 del 10 febbraio 2010 emessa dal Tar Campania, Napoli

N. 00874/2010 REG.SEN.

N. 04867/2008 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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 4867 del 2008, proposto da:
Istituto di Vigilanza Privata Coop. Ricorrente a r.l., in persona del presidente e legale rappresentante pro tempore sig. Francesco De Lucia, rappresentato e difeso dall'avv. Eliseo Laurenza, con il quale elettivamente domicilia in Napoli, via Mattia Preti n. 10

contro

- I.N.P.S.(Istituto Nazionale della Previdenza Sociale), in persona del presidente p.t., rappresentato e difeso, congiuntamente e disgiuntamente, dagli avvocati Gaetano De Ruvo, Costantino Bruno e Gianluca Tellone, ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura Regionale I.N.P.S di Napoli, in via Medina n.61;
- Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Napoli, presso i cui uffici ex lege domicilia in Napoli, via A. Diaz n. 11;

nei confronti di

Istituto di Vigilanza Privata Controinteressata S.C.A R.L.;

per l'annullamento

- a) della nota in data 24.6.08 a firma del direttore generale della Direzione Regionale Campania dell'INPS – Istituto Nazionale Previdenza Sociale; b) della determina in data 18.6.2008 della Direzione Regionale Campania dell'INPS – Istituto Nazionale Previdenza Sociale, richiamata nel provvedimento sub a); c) del bando di gara pubblicato il 31.10.2007, del capitolato e dell'atto di invito, tutti per quanto di ragione e come di seguito precisato; d) delle circolari del Ministero dell'Interno n.

557/PAS/2731/10089.D del 29.2.2008 e n. 557/PAS/2731/10089.D dell'11.3.2008, per quanto di ragione e come di seguito precisato; e) una agli atti preordinati, connessi e consequenziali fra i quali i provvedimenti di indizione della nuova gara; f) per la condanna dell'INPS alla corresponsione al ricorrente dell'indennizzo ai sensi dell'art. 21 quinquies della L. n. 241/90; g) per la condanna dell'INPS a corrispondere al ricorrente il risarcimento dei danni, ai sensi dell'art. 1337 cod. civ., da responsabilità precontrattuale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2010 la relazione del dott. Francesco Guarracino e uditi i difensori delle parti presenti come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con nota del 24 giugno 2008, protocollo INPS.0100.26/06/2008.0003242, l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, Direzione Regionale della Campania, comunicava all'Istituto di Vigilanza Privata "Coop. Ricorrente a r.l." – aggiudicataria provvisoria, giusta verbale di gara del 4 marzo 2008, di una procedura (determ. n. 237 del 29 settembre 2007) per l'affidamento di servizi di vigilanza delle strutture I.N.P.S. della provincia di Caserta e Salerno in relazione al lotto Caserta – che con determinazione del 18 giugno 2008 l'Istituto aveva annullato la gara, non approvando l'aggiudicazione provvisoria, a seguito della

sentenza della Corte di Giustizia del 13 dicembre 2007 sulla contrarietà al Trattato CE della legislazione italiana restrittiva dell'esercizio dell'attività di vigilanza privata, nonché delle circolari del Ministero dell'Interno n. 557/PAS/2731/10089.D del 29 febbraio 2008 e n. 557/PAS/2731/10089.D dell'11 marzo 2008 rimarcanti l'obbligo della pubblica amministrazione di adeguarsi ai principi affermati in sede comunitaria al fine di evitare possibili conseguenze negative per lo Stato italiano derivanti dall'inottemperanza al giudicato della Corte.

L'I.N.P.S. affermava quindi di ritenere «rispondente agli interessi della pubblica amministrazione la pubblicazione di un nuovo bando che rispetti le statuizioni della Corte di Giustizia Europea, e ciò sia sotto il profilo economico per il possibile risparmio di spesa conseguente all'abolizione dei limiti tariffari, che sotto il profilo di una migliore qualità dell'offerta per effetto di una accresciuta concorrenza dovuta alla possibilità di partecipazione di un maggior numero di Operatori Economici», riservandosi di indire una nuova procedura di gara conforme ai principi enunciati dalla Corte di Giustizia ed alle emanande direttive del Ministero dell'Interno.

Con il ricorso in esame l'Istituto di Vigilanza Privata "Coop. Ricorrente a r.l." ha impugnato le predette determinazioni dell'I.N.P.S., unitamente agli atti indicati in epigrafe, onde ottenere il loro annullamento previa sospensione dell'efficacia, nonché la condanna dell'I.N.P.S. al pagamento dell'indennizzo ex art. 21 quinquies l. 241/90 ovvero al risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale.

Il Ministero dell'Interno si è costituito in giudizio per resistere al ricorso con atto depositato il 3 ottobre 2008.

Alla camera di consiglio dell'8 ottobre 2008 la causa è stata cancellata dal ruolo delle istanze cautelari.

L'I.N.P.S. si è costituito in giudizio depositando il 5 novembre 2009 memoria difensiva con cui ha concluso per il rigetto del ricorso.

In vista dell'udienza di discussione la società ricorrente ha prodotto documenti.

Alla pubblica udienza del 13 gennaio 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. - E' controversa in giudizio la legittimità del provvedimento indicato in epigrafe con cui l'I.N.P.S. ha annullato la gara per l'affidamento di servizi di vigilanza delle proprie strutture della provincia di Caserta e Salerno provvisoriamente aggiudicata, quanto al lotto di Caserta, alla odierna ricorrente.

Con quattro complessi motivi di gravame la ricorrente, denunciando plurimi profili di violazioni di legge ed eccesso di potere, sostiene:

- col primo motivo di ricorso, che l'INPS non le avrebbe consentito di partecipare al procedimento conclusosi con gli atti impugnati e non avrebbe osservato gli obblighi di buona fede e correttezza a tutela del legittimo affidamento alla regolare definizione della procedura di gara, incorrendo perciò in responsabilità precontrattuale, né le avrebbe corrisposto l'indennizzo di cui all'art. 21 quinquies l. 241/90;

- col secondo motivo di ricorso, che difetterebbero i presupposti per l'esercizio del potere di autotutela, la cui attivazione sarebbe stata sorretta da motivazione inadeguata, insufficiente ed inesatta, mancando ragioni di pubblico interesse che giustificassero l'incisione della posizione di essa ricorrente, essendo già intervenute l'aggiudicazione provvisoria, la verifica del possesso dei requisiti e la consumazione del termine stabilito dall'art. 12 d.lgs. 163/2006, sì da doversi avere per approvata l'aggiudicazione provvisoria. In particolare, l'I.N.P.S. avrebbe errato nel ritenere di dover annullare la gara in ossequio ai principi affermati dalla Corte di Giustizia nella decisione del 13 dicembre 2007, poiché l'amministrazione sarebbe stata, viceversa, vincolata all'osservanza della *lex specialis* di gara - soggetta al principio

tempus regit actum ed insensibile all'eventuale *ius superveniens* -, non potendo, perciò, produrre alcun effetto invalidante una sentenza, quale quella della Corte, posteriore sia al bando che alla lettera di invito; l'I.N.P.S. avrebbe, inoltre, tenuto un comportamento contraddittorio e gravemente lesivo della posizione legittimamente maturata come aggiudicataria, poiché l'effettivo svolgimento della gara sarebbe posteriore sia alla pubblicazione della sentenza della Corte di Giustizia che alla circolare del Ministero dell'Interno; la motivazione a giustificazione dell'annullamento della gara e dell'indizione di una nuova procedura selettiva, con riferimento al possibile risparmio di spesa conseguente alla abolizione dei limiti tariffari, non sarebbe stata supportata da alcun elemento concreto e da nessuna istruttoria o ricerca di mercato e, comunque, avrebbe erroneamente presupposta una vincolatività delle tariffe di legalità da tempo smentita in giurisprudenza, meramente probabilistica risultando, infine, la motivazione concernente il possibile incremento della qualità dell'offerta per effetto dell'accresciuta concorrenza, posto che non vi sarebbero ulteriori istituti di vigilanza autorizzati, oltre a quelli invitati alla gara annullata;

- col terzo motivo di ricorso, che l'I.N.P.S. avrebbe dovuto provvedere alla determinazione dell'indennizzo ai sensi dell'art. 21 quinquies l. 241/90, alla cui corresponsione l'Istituto andrebbe, dunque, condannato ;

- col quarto motivo di ricorso, che l'I.N.P.S. andrebbe, altresì, condannato al risarcimento, a titolo di responsabilità precontrattuale, del danno patito da essa ricorrente per le spese inutilmente sopportate per la partecipazione alla gara, per gli investimenti non ammortizzati e per la perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione di contratti analoghi.

2. – Il ricorso è infondato.

La determinazione di annullamento della gara, provvisoriamente aggiudicata alla odierna ricorrente, trova fondamento nella sentenza della Corte di giustizia CE

(sez. II) del 13 dicembre 2007, in causa C-465/05 (Commissione delle Comunità europee c/ Repubblica Italiana), che ha riconosciuto che l'Italia è venuta meno agli obblighi derivanti dagli artt. 43 e 49 del Trattato istitutivo della Comunità Europea (libertà di stabilimento; libera prestazione di servizi) in relazione a talune norme del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, e relativo regolamento di esecuzione, concernenti l'esercizio della attività di guardia particolare e di vigilanza privata, tra cui le disposizioni che richiedevano il previo rilascio di una autorizzazione prefettizia con efficacia territoriale ristretta, il possesso di una sede operativa nella provincia di attività ed una limitazione alla libera fissazione delle tariffe.

Ai sensi dell'art. 228 del Trattato, lo Stato giudicato inadempiente ha l'obbligo di conformarsi alla sentenza della Corte ed in particolare «è tenuto a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di giustizia comporta».

L'obbligo di osservanza della sentenza della Corte (che già ha indotto il legislatore nazionale alla novella del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza operata con l'art. 4 del d.l. 8 aprile 2008, n. 59, convertito in legge 6 giugno 2008, n. 101), e prima ancora del diritto comunitario dalla stessa dichiarato, preclude all'amministrazione nazionale di adottare atti e provvedimenti in contrasto con le sue statuizioni.

Per costante giurisprudenza della Corte di giustizia sulla unitaria responsabilità dello Stato in sede comunitaria, il predetto obbligo incombe su tutte le amministrazioni pubbliche nazionali.

Il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara avrebbe suggellato la chiusura di una procedura di affidamento che, in quanto svoltasi nella cornice delle predette disposizioni legislative giudicate incompatibili con gli obblighi comunitari della Repubblica, risultava essere *ab origine* in contrasto con i menzionati principi della Comunità europea.

In questi termini, non può negarsi la sussistenza di un prevalente interesse pubblico a porre nel nulla la gara, idoneamente ancorché stringatamente evidenziato nell'atto impugnato, anche al di là degli ulteriori profili evocati di possibili risparmi di spesa o di miglioramenti nella qualità dell'offerta.

Nessun apporto utile, a fronte di ciò, avrebbe, con tutta evidenza, potuto arrecare la partecipazione del privato al procedimento di annullamento della gara.

Per queste ragioni, le censure avverso la legittimità dell'impugnato provvedimento non risultano fondate e vanno perciò respinte.

Non essendosi in presenza di un provvedimento di revoca per motivi di opportunità, ai sensi dell'art. 21 quinquies della l. 241/90, bensì di un annullamento di ufficio, non spetta alla ricorrente l'indennità prevista dalla predetta disposizione.

Quanto, infine, alla domanda di risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale, posto che il dispositivo della sentenza della Corte di Giustizia è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. C 51 del 23 febbraio 2008, cioè pochi giorni prima dell'aggiudicazione provvisoria, e che dalla documentazione agli atti di gara emerge che l'I.N.P.S. ha avuto notizia della decisione, ad opera dell'U.T.G. di Salerno, in data 16 aprile 2008, non appare sussistente l'elemento soggettivo della colpa; l'I.N.P.S. ha inoltre documentato che la ricorrente, precedente affidataria del servizio in questione, ha continuato a svolgerlo in qualità di affidataria temporanea in virtù di successivi provvedimenti almeno sino a tutto il mese di giugno 2009, con evidenti ripercussioni sull'esistenza e consistenza di un danno che, peraltro, non è stato quantificato e provato in giudizio.

In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

La particolarità delle questioni giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sede di Napoli, sezione prima, respinge il ricorso n. 4867/08 in epigrafe. ---

Spese compensate. ---

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio dei giorni 13 e 20 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Guida, Presidente

Paolo Corciulo, Consigliere

Francesco Guarracino, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/02/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO