

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 24/06/2010**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29761-prima-del-decreto-legislativo-53-2010-il-solo-fatto-dell-esistenza-dei-contratti-non-rende-illegittimo-l-atto-interruttivo-unilaterale-iure-imperi-della-regione-che-ha-caducato-il-rapporto-consen>**

**Autore: Lazzini Sonia**

**Prima del decreto legislativo 53/2010: il solo fatto dell'esistenza dei contratti non rende illegittimo l'atto interruttivo unilaterale iure imperi della Regione che ha caducato il rapporto consensuale in assenza di intervento del giudice ordinario**

**C.St. 28.05.2010 n. 3410**

## **Prima del decreto legislativo 53/2010: il solo fatto dell'esistenza dei contratti non rende illegittimo l'atto interruttivo unilaterale iure imperi della Regione che ha caducato il rapporto consensuale in assenza di intervento del giudice ordinario**

In realtà, il pregiudizio lamentato in ordine alla mancata continuazione del rapporto contrattuale non le deriva dall'autoannullamento del bando e del capitolato, bensì dall'annullamento giurisdizionale dell'illegittima aggiudicazione, di cui l'a.t.i. si è giovata per il periodo in cui ha eseguito il servizio e, peraltro, ha continuato in ultima analisi a giovarsi in qualità di affidataria provvisoria, appunto quale precedente aggiudicataria, nelle more dell'espletamento della nuova gara (sia pur non oltre 180 giorni), come disposto con lo stesso provvedimento impugnato.

la Sezione osserva che, anteriormente alla direttiva 2007/66/CE riguardante le procedure di ricorso in materia di appalti pubblici, recepita con d.lgs. 20 marzo 2010 n. 53, la giurisprudenza civile richiamata dalle appellanti ha ritenuto che nella fase dell'esecuzione del rapporto, successiva agli atti di evidenza pubblica ed in cui sussistono diritti ed obblighi delle parti derivanti dallo stipulato contratto, sia operante la giurisdizione non del giudice amministrativo, bensì del giudice ordinario quale giudice dei diritti cui spetta verificare la conformità alle norme positive delle regole attraverso le quali i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi e delle relative condotte attuative, a nulla rilevando che specifiche disposizioni legislative attribuiscano all'amministrazione committente la facoltà di incidere autoritativamente sul rapporto o di risolverlo, atteso che tali atti amministrativi non hanno natura provvidenziale e non cessano di operare nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali (cfr. la richiamata Cass., ss. uu. 28 dicembre 2007 n. 27169).

Dunque, è stata affermata la competenza del giudice civile a conoscere della domanda giurisdizionale del privato concorrente volta a far accettare la sorte del contratto la cui aggiudicazione in favore di terzi sia stata annullata su suo ricorso, mentre non è stato affatto negato, anzi è stato espressamente ammesso, che l'amministrazione pubblica possa rimuovere essa stessa il contratto, in virtù dei propri poteri autoritativi e perciò senza rivolgersi al giudice ordinario.

Peralterro, la constatazione delle conseguenze giuridiche dell'annullamento giurisdizionale degli atti di gara e la conseguente adozione dei provvedimenti conformativi ai principi contenuti nella relativa sentenza costituisce, come ben ha detto il primo giudice, un obbligo stringente della stazione appaltante, tanto che, in caso di inosservanza, è dato all'interessato vittorioso di instaurare il giudizio di ottemperanza nel quale il giudice amministrativo, nell'esercizio della sua giurisdizione di merito, può sindacare in modo pieno, completo e satisfattivo per il ricorrente, l'attività posta in essere dall'amministrazione o il suo comportamento omissivo, adottando tutte le misure (direttamente o per il tramite di un commissario) necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per assicurare al medesimo ricorrente il bene della vita perseguito attraverso il giudizio di legittimità, reintegrandolo nella situazione concreta che avrebbe già conseguito qualora l'amministrazione non avesse adottato l'atto di aggiudicazione illegittimo (cfr. Cons. St., Ad. plen. 30 luglio 2008 n. 9, anch'essa richiamata dalle appellanti). In altri termini, se il giudice dell'esecuzione può sostituirsi

all'amministrazione provvedendo anche sulla sorte del contratto per le finalità appena dette, è chiaro che a tanto può provvedere, anzi è doveroso che provveda, la stessa amministrazione.

E nella specie non è dubbio che, al fine di conformarsi alla menzionata decisione n. 2629/08 del giudice amministrativo, esecutiva ancorché non passata in giudicato per effetto del ricorso per cassazione, la Regione era tenuta a rinnovare la procedura mediante “quanto meno” la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, come statuito con la stessa decisione, quindi a rimuovere previamente ed essa stessa il contratto, o meglio i contratti stipulati con l.a.t.i. la cui aggiudicazione era stata annullata, indipendentemente dalla mancata pronuncia sulla sorte dei medesimi contratti, oltretutto evidentemente dovuta all'assenza di relativa domanda. Ne consegue che, diversamente dalla prospettazione delle appellanti, il solo fatto dell'esistenza dei contratti non rende illegittimo l'atto interruttivo unilaterale iure imperi della Regione che ha caducato il rapporto consensuale in assenza di intervento del giudice ordinario; pertanto, giustamente il primo giudice ha disatteso la censura che, come puntualizzato dalle stessa appellanti, era “indirizzata non a individuare la giurisdizione ma a contestare la legittimità di un atto unilaterale di risoluzione di un rapporto contrattuale essendo tale potestà ricompresa nella giurisdizione del giudice ordinario”.

Il terzo motivo riguarda le censure, di cui al terzo motivo originario concernente l'annullamento del bando e del capitolato speciale, di sviamento per aver l'Amministrazione introdotto profili surrettizi di autotutela onde travolgere l'intera procedura, di inosservanza del principio del giusto procedimento ex art. 7 della legge n. 241 del 1990, per non aver dato avviso di avvio del procedimento di autotutela, e dei tempi, oneri motivazionali ed economici in tema di autotutela ex artt. 21 quinque et 21 nonies della stessa legge, per non aver considerato l'esistenza di contratti validi ed efficaci, l'affidamento e l'interesse dei destinatari, nonché per non aver esplicitato le ragioni di interesse pubblico sottese all'annullamento né previsto alcun indennizzo.

Anche a tale riguardo devono essere condivise le conclusioni, sopra ricordate, raggiunte dal primo giudice.

Difatti, l'annullamento integrale della procedura trova giustificazione nelle ampie ragioni di fatto e di diritto esplicitate nel provvedimento impugnato; ragioni, peraltro non specificamente contestate dalle ricorrenti e riconducibili anche alle mutate esigenze dell'Ente, che escludono in radice ogni sviamento, tanto più che, come detto, non si ricollegano alla rimozione dei contratti; rimozione invece connessa all'esecuzione della decisione n. 2629/08, sia che la Regione intendesse seguire la via della riapertura dei termini per le offerte, indicato come minus nella pronuncia della Sezione, sia che, come fatto, si determinasse nel senso di travolgere l'intera gara, a ciò non ostando in alcun modo la medesima decisione. Parimenti, dopo quest'ultima non è configurabile alcun affidamento delle appellanti già aggiudicatarie alla prosecuzione del rapporto, oltretutto stante il preciso onere imposto dalla stessa all'Amministrazione di rinnovare la procedura. Né, appunto in qualità di aggiudicatarie mediante provvedimento però annullato in sede giurisdizionale, sede nella quale esse sono risultate soccombenti, avrebbero potuto trarre alcun vantaggio dal mantenimento in vita del bando e del capitolato, sicché non era configurabile una loro posizione - differenziata rispetto agli altri partecipanti alla gara - di destinatarie dell'adottato provvedimento di autotutela e, conseguentemente, non v'era necessità che fosse loro comunicato il relativo avvio.

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 3410 del 28 maggio 2010 pronunciata dal Consiglio di stato

**N. 03410/2010 REG.DEC.  
N. 07666/2009 REG.RIC.  
N. 08522/2009 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

Sul ricorso numero di registro generale 7666 del 2009, proposto da: Ricorrente Service Sud s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Pierluigi Giammaria e Renato Magaldi, con domicilio eletto presso l'avv. Pierluigi Giammaria in Roma, via Salaria n. 227;

*contro*

Regione Campania, rappresentata e difesa dall'avv. Lidia Buondonno, con domicilio eletto presso l'Ufficio di rappresentanza della medesima Regione Campania in Roma, via Poli n.29;

*nei confronti di*

Istituto di vigilanza L'Controinteressata s.r.l.;

Sul ricorso numero di registro generale 8522 del 2009, proposto da: Istituto di vigilanza L'Controinteressata s.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Felice Laudario e Alberto Saggiomo, con domicilio eletto presso l'avv. Felice Laudadio in Roma, via Alessandro III n. 6;

*contro*

Regione Campania, rappresentata e difesa dall'avv. Lidia Buondonno, con domicilio eletto presso l'Ufficio di rappresentanza della medesima Regione Campania in Roma, via Poli n. 29;

*nei confronti di*

Ricorrente Service Sud s.r.l.;

***Entrambi per la riforma***

della sentenza del T.a.r. Campania - Napoli: Sezione I n. 04607/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI VIGILANZA ARMATA RECEPTION E CUSTODIA.

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Campania;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 marzo 2010 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Magaldi, Laudadio e Panariello, su delega dell'avv. Buondonno;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con bando pubblicato in BURC 31 luglio 2006 n. 34 la Regione Campania ha indetto una procedura aperta per l'affidamento triennale del servizio di vigilanza armata e guardiania reception presso proprie strutture nella Provincia di Napoli, distinto nei due lotti NA1 e NA2, per entrambi i quali è risultata aggiudicataria l'a.t.i. Ricorrente Service Sud-L'Controinteressata-Ricorrente Service Sistemi. Gli istituti di vigilanza privata La Nuova Lince, La Leonessa e So.Ge.Si., concorrenti in costituenda a.t.i. per il lotto NA1, esclusi dalla procedura, hanno proposto davanti al TAR per la Campania ricorso avverso l'esclusione e la successiva aggiudicazione.

Tale ricorso è stato in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile. Avverso la relativa sentenza è stato proposto appello, accolto con decisione n. 2629 del 2008 con cui, in riforma della sentenza appellata, il ricorso di primo grado è stato accolto in relazione alla censura di illegittima composizione della commissione giudicatrice e, perciò, sono stati annullati gli atti di gara a partire dalla nomina della medesima commissione. Infine, avverso l'indicata decisione la Ricorrente Service Sud ha proposto ricorso in Cassazione.

Tuttavia, con decreto dirigenziale 16 febbraio 2009 n. 15, nel prendere atto della medesima decisione, il bando di gara è stato annullato ed è stato approvato un nuovo bando recante regole in parte diverse, quali la modifica del numero di ore della vigilanza armata, quindi del numero delle guardie giurate, e la previsione di fornitura da parte dell'aggiudicatario di attrezzature acquistate dall'a.t.i. precedente aggiudicataria per l'esecuzione del contratto, nel frattempo stipulato. Avverso l'intervenuto bando è insorta la stessa Ricorrente Service Sud, chiedendo altresì il risarcimento dei danni subiti e subendi. Il ricorso è stato negativamente definito con sentenza 31 luglio 2009 n. 4607.

Di qui i due appelli in epigrafe, proposti il primo da Ricorrente Service Sud ed il secondo dall'istituto di vigilanza L'Controinteressata, intervenuto ad adiuvandum in primo grado, entrambi affidati ai seguenti motivi:

1.- Error in iudicando in relazione al primo motivo di ricorso; annullamento della gara e del contratto di appalto; violazione e falsa applicazione dell'art. 1372 cod. civ.; violazione del principio pacta sunt servanda; eccesso di potere per falsa motivazione e falsa causa; violazione dei principi desumibili da Cass. ss.uu. n. 27169/07; sviamento.

L'affermazione di inesorabile collegamento tra atti di gara e contratto è erronea e contrasta con la più recente giurisprudenza amministrativa, che ha ritenuto soggetto ad annullabilità ex artt. 1425/1427 c.c. il contratto generato da procedura

amministrativa in tutto o in parte annullata, con conseguente obbligo della p.a. di attivarsi davanti all'autorità giudiziaria ordinaria per la declaratoria di annullamento ex art. 1441 c.c.. Ne consegue che, in assenza di espressa pronuncia del giudice ordinario al riguardo, i contratti stipulati con la Regione devono ritenersi ancora validi ed efficaci. Il TAR non si è fatto carico di esaminare la censura di violazione del principio di cui all'art. 1372 c.c., secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti, sicché viola i principi regolanti la risoluzione del rapporto consensuale l'assunto della legittimità degli atti amministrativi che incidano unilateralmente su un tale rapporto. Pertanto, la sentenza è affetta dal vizio di omesso esame di un punto decisivo della controversia, laddove non definisce compiutamente il regime dei contratti ed ne afferma, di contro, la caducazione implicita. Peraltro, la censura non era indirizzata ad individuare la giurisdizione, ma a contestare la legittimità dell'atto unilaterale di risoluzione, essendo tale potestà ricompresa nella giurisdizione ordinaria. Del resto, il valore ordinamentale di certezza dei rapporti giuridici fondato sull'art. 1372 c.c. preclude ad una delle parti di un rapporto consensuale l'utilizzo, al di fuori delle ipotesi previste dal codice civile, di considerare il contratto come tam quam non esset. Dunque, superficialmente il TAR ha affermato la caducazione automatica del contratto, in contrasto col consolidato orientamento giurisprudenziale in materia che, se mai, affida al giudice dell'ottemperanza la valutazione “anche di merito” delle più opportune statuzioni informative dell'attività amministrativa successiva alla sentenza, anche in ragione dei motivi di annullamento e delle posizioni giuridiche soggettive consolidate per effetto della stipulazione.

2.- Error in judicando in relazione all'omesso esame di un punto decisivo della controversia; ulteriore violazione e falsa applicazione dell'art. 1372 c.c.; ulteriore violazione del principio pacta sunt servanda; eccesso di potere per falsa

motivazione e falsa causa; violazione dei principi desumibili da Cass. ss.uu. n. 27169/07; sviamento.

In relazione alla censura secondo cui la decisione del Consiglio di Stato non era passata in giudicato, il TAR ha ritenuto che la stessa decisione fosse comunque esecutiva e costituisse elemento “dissolvente il rapporto contrattuale”, ma ciò non trova fondamento nell’attuale assetto ordinamentale.

3.- Error in judicando in relazione alla violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 21 quinque et 21 nonies L. n. 241 del 1990; violazione del principio del giusto procedimento di legge; violazione del principio pacta sunt servanda; eccesso di potere per falsa motivazione e falsa causa; omessa indicazione dell’interesse pubblico; sviamento.

Circa la censura di sviamento per l’introduzione surrettizia di profili di autotutela connessi a motivi di ricorso neanche esaminati, nonché di mancata considerazione dei limiti all’esercizio di quel potere e di mancata osservanza degli oneri motivazionali e procedurali prescritti dai citt. artt. 21 quinque et 21 nonies, oltre che di omessa determinazione di indennizzo, il TAR ha ritenuto trattarsi di revoca e che l’avviso non occorresse perché la caducazione del contratto l’avrebbe privata di tutela procedimentale (addirittura negandole titolo di legittimazione come non partecipante alla gara, pur in mancanza di eccezione al riguardo), senza tener conto che l.a.t.i. era gestore del servizio da circa 24 mesi in virtù di regolare contratto d’appalto, perciò titolare di posizione soggettiva differenziata.

Sul bando di gara: 4.- Error in judicando in relazione alla violazione e falsa applicazione dell’art. 86, co. 3 bis, d.lgs. n. 163 del 2006 in connessione con l’art. 8 del C.S.A.; violazione e falsa applicazione del c.c.n.l. di categoria per gli addetti al servizio di vigilanza armata; violazione e falsa applicazione del c.c.n.l. di categoria per gli addetti al servizio di reception e custodia; violazione dell’obbligo di salvaguardia dei livelli occupazionali; eccesso di potere per illogicità; sviamento.

Il TAR ha affermato che l'obbligo di riassunzione degli addetti al precedente servizio va contemperato con le esigenze prestazionali del nuovo servizio, negando che la garanzia del mantenimento dei livelli occupazionali possa congelare le condizioni del servizio stesso, sicché ha ritenuto legittima una diversa modulazione della sua esecuzione ai fini del risparmio di spesa pubblica. In tal modo non ha, ancora una volta, esaminato compiutamente le proposte censure e le conseguenze derivanti dalle fonti normative, le risultanze contrattuali e gli atti di gara invocati, asserendo una sorta di incontrollata libertà dell'Amministrazione con richiamo generico ed inconferente al principio di economicità. In particolare, l'art. 8 del CSA del 2009 impone all'aggiudicatario di mantenere i livelli occupazionali del precedente appalto, come previsto dai contratti collettivi per le categorie della vigilanza armata e della reception. Tale obbligo deve garantire alle maestranze già impiegate il mantenimento non solo del posto di lavoro, ma anche delle ore lavorative al fine di evitare demansionamenti o riduzioni stipendiali. Di contro, la nuova quantificazione del monte ore rende impossibile il mantenimento dei livelli occupazionali del precedente contratto, con conseguente violazione dei contratti collettivi di riferimento, tenuto conto che, diversamente da quanto affermato dal TAR, l'obbligo di riassunzione è tassativamente previsto dalla normativa contrattuale richiamata nel bando e non è possibile di contemperamento con non meglio specificate esigenze prestazionali del nuovo servizio. Né il TAR ha considerato inesistenti presupposti di fatto e di diritto e ragioni che avrebbero indotto l'Amministrazione, in presenza di contratti ancora in essere, a sovvertire radicalmente i precedenti assetti delle prestazioni.

5.- Error in judicando in relazione alla violazione e falsa applicazione dell'art. 86, co. 3 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 in connessione con l'art. 8 del CSA; violazione e falsa applicazione del c.c.n.l. di categoria per gli addetti al servizio di vigilanza armata; violazione e falsa applicazione del c.c.n.l. di categoria per gli addetti al

servizio di reception e custodia; violazione dell'obbligo di salvaguardia dei livelli occupazionali; eccesso di potere per illogicità; sviamento; omesso esame di un punto decisivo della controversia.

L'espressione legislativa “sentenza succintamente motivata” non esonera il giudice dall'esame delle singole censure ed eccezioni sottoposte al suo esame. Nella specie, parte ricorrente aveva censurato il bando per violazione del principio fissato dal cit. art. 86, co. 3 bis, secondo cui i bandi non possono derogare ai minimi tabellari fissati da atti regolamentari o disposizioni legislative e, quindi, dalla contrattazione collettiva, giacché il nuovo bando riduce il fabbisogno di guardie giurate ed innalza quello dei receptionist, con malcelato intento di compensare la prima riduzione, in tal modo però consentendo di mantenere i livelli occupazionali solo a condizione di adibire parte delle guardie a servizi di portierato, ossia violando il predetto principio del rispetto dei minimi salariali a causa del demansionamento e conseguente riduzione del trattamento giuridico ed economico. Tale censura non è stata esaminata, condividendosi invece la diversa esecuzione del servizio sulla base del principio di economicità ed affermandosi erroneamente la sussistenza di continuità in favore degli attuali addetti al servizio.

6.- Error in judicando in relazione alla violazione dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990; violazione e falsa applicazione del principio di economicità dell'azione amministrativa; violazione del principio del buon andamento ex art. 97 della Costituzione; eccesso di potere per illogicità; difetto di istruttoria; sviamento.

Il TAR ha respinto la censura concernente la mancata previsione dell'obbligo di acquisto delle attrezzature tecnologiche da parte del nuovo aggiudicatario, asserendo che l'inutilità dell'acquisto da parte del precedente aggiudicatario derivava dallo sviluppo giurisdizionale della vicenda e non da colpa dell'Amministrazione. In tal modo però ha travisato il contenuto della stessa censura, diretta a rilevare la violazione del menzionato principio dell'economicità e

l'illogicità del bando laddove prevede l'acquisizione di beni già acquistati dal precedente appaltatore e già in parte pagati dalla stazione appaltante.

7.- Error in judicando in relazione alla fondatezza della pretesa risarcitoria da parte della società appellante; omesso esame di un punto decisivo della controversia; violazione dell'art. 2043 c.c. e dei principi generali regolanti la responsabilità della p.a. in relazione alla lesione di interessi legittimi.

Manca in sentenza ogni considerazione sulla richiesta risarcitoria in punto di colpa ed antigiuridicità dell'azione amministrativa (riconosciuta peraltro con la decisione n. 2629/08) e/o della richiesta indennitaria.

La Regione Campania si è costituita solo nel primo giudizio ed ha svolto controdeduzioni.

Con memorie del 20 gennaio e 10 marzo 2010 gli appellanti hanno insistito nelle proprie tesi e richieste, in quest'ultima anche alla luce della recente ordinanza delle sezioni unite della Corte di cassazione 10 febbraio 2010 n. 2906.

All'odierna udienza pubblica gli appelli sono stati posti in decisione, previa trattazione orale.

## DIRITTO

1.- In via preliminare, i due appelli riassunti nella narrativa che precede, aventi ad oggetto la medesima sentenza, devono essere riuniti per essere definiti contestualmente.

2.- La vicenda in esame trae origine dall'annullamento in sede giurisdizionale, pronunciato con decisione 4 giugno 2008 n. 2629 di questa Sezione, degli atti, a partire dalla nomina della commissione giudicatrice e fino all'aggiudicazione in favore dell'a.t.i. di cui fanno parte le attuali appellanti, della procedura di gara indetta dalla Regione Campania per l'affidamento triennale del servizio di vigilanza armata e guardiania reception presso proprie strutture nella Provincia di Napoli.

Con determinazione dirigenziale 16 febbraio 2009 n. 15 la Regione, nel prendere atto della pronuncia, ha deciso di annullare il bando ed il capitolato speciale, ritenendo sussistenti ulteriori vizi dei medesimi denunciati dall'a.t.i. ricorrente e non esaminati in sede giurisdizionale, nonché dell'interesse pubblico specifico all'annullamento sia per evitare che gli esiti della rinnovata gara potessero risultare inquinati, sia in ragione di sopravvenuti elementi, circostanze ed esigenze e del mutato quadro normativo di riferimento. In particolare, anche nell'ottica del contenimento della spesa pubblica, ha rappresentato la necessità di rimodulare il servizio in termini tanto quantitativi che qualitativi, riducendo il monte ore del servizio di vigilanza armata ed aumentando il personale non armato, nonché modificando la suddivisione negli originari due lotti in cinque lotti omogenei per territorio e funzionalità. Ha perciò approvato un nuovo bando ed un nuovo capitolato speciale d'appalto e, sulla scorta della necessità di assicurare la continuità del servizio, nelle more dell'espletamento della procedura ha affidato il medesimo servizio all'a.t.i. già aggiudicataria agli stessi patti e condizioni dei contratti con essa stipulati.

3.- Avverso tale atto è insorta davanti al TAR per la Campania la Ricorrente Service Sud, esponendo censure dirette, in estrema sintesi, contro sia la decisione implicita di considerare inefficace il contratto, invece ancora valido in quanto non annullato, sia l'introduzione di nuove regole concernenti la riduzione del monte ore della vigilanza armata e la fornitura di attrezzature tecnologiche già acquistate dal precedente appaltatore per l'esecuzione del servizio, senza prevederne l'acquisto da parte dell'aggiudicatario. Ha inoltre chiesto il risarcimento dei danni per la risoluzione anticipata del contratto o, in via gradata, l'indennizzo ex art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990. L'istituto L'Controinteressata è intervenuto ad adiuvandum.

4.- Con la sentenza appellata il ricorso è stato respinto.

Quanto alla decisione dell'Amministrazione di considerare inefficace il precedente contratto, il TAR ha rilevato che il contratto stesso, ancorché non annullato dal Consiglio di Stato, è inesorabilmente collegato all'esito della procedura: una volta annullata la procedura, il contratto deve intendersi caducato, salvo la particolarissima ipotesi delle opere strategiche, stante lo stringente obbligo di ottemperare alla decisione giurisdizionale immediatamente esecutiva (non rilevando, quindi, la pendenza di ricorso per cassazione). In ordine all'annullamento dell'intera gara, ne ha ritenuto la coerenza con le sopravvenute esigenze, tenuto anche conto del lasso di tempo trascorso; in ogni caso, anche a considerare la determinazione n. 15 non come annullamento in autotutela ma come revoca, la ricorrente, una volta annullata la procedura, non riveste posizione differenziata ai fini della richiesta di indennizzo, di cui non ha peraltro fornito principio di prova. Ciò giustifica anche la mancata comunicazione di avvio del procedimento di secondo grado, essendo la stessa ricorrente tornata nella posizione di semplice partecipante e non di destinatario diretto ed immediato del provvedimento censurato. Circa la modifica del monte ore di vigilanza armata e del conseguente numero di guardie giurate da dedicare al servizio, ha osservato che, per aumentarne l'economicità, la Regione ha ritenuto che alcune prestazioni di vigilanza armata potessero essere sostituite, senza pregiudizio dell'interesse pubblico all'esecuzione del servizio stesso, con semplice guardiania, mentre l'obbligo di riassunzione dei dipendenti va contemplato con le esigenze prestazionali del nuovo servizio, non potendosi ritenere che la stazione appaltante, solo per l'obbligo del mantenimento dei livelli occupazionali, debba congelare le condizioni del servizio; anzi, proprio il principio di economicità ha suggerito la diversa modulazione, con notevole risparmio di spesa pubblica, fermo restando che per i posti da occupare dovrà essere garantita la continuità in favore degli attuali addetti. Infine, quanto alla fornitura da parte del nuovo aggiudicatario

dell'attrezzatura tecnologica ha affermato l'insussistenza di alcun obbligo della stazione appaltante di acquisto dal precedente aggiudicatario, non essendo ad essa imputabile l'inutilità dell'acquisto del materiale da parte di quest'ultimo, derivante dallo sviluppo giurisdizionale della vicenda; nulla esclude, inoltre, che la ricorrente, partecipante alla nuova gara, possa recuperare l'utilità dell'acquisto in ipotesi di aggiudicazione.

5.- Col primo motivo le appellanti contestano l'affermazione del primo giudice del collegamento tra atti di gara e contratto, che assumono configgente con l'art. 1372 cod. civ. e con la giurisprudenza civile ed amministrativa in tema di sorte del contratto originato da una procedura di gara annullata, sostenendo che vi sia l'obbligo della stazione appaltante di rivolgersi al giudice ordinario per ottenerne la declaratoria di annullamento ai sensi dell'art. 1441 cod. civ. e che, in assenza di tale espressa pronuncia, il contratto debba ritenersi valido ed efficace.

Al riguardo, la Sezione osserva che, anteriormente alla direttiva 2007/66/CE riguardante le procedure di ricorso in materia di appalti pubblici, recepita con d.lgs. 20 marzo 2010 n. 53, la giurisprudenza civile richiamata dalle appellanti ha ritenuto che nella fase dell'esecuzione del rapporto, successiva agli atti di evidenza pubblica ed in cui sussistono diritti ed obblighi delle parti derivanti dallo stipulato contratto, sia operante la giurisdizione non del giudice amministrativo, bensì del giudice ordinario quale giudice dei diritti cui spetta verificare la conformità alle norme positive delle regole attraverso le quali i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi e delle relative condotte attuative, a nulla rilevando che specifiche disposizioni legislative attribuiscano all'amministrazione committente la facoltà di incidere autoritativamente sul rapporto o di risolverlo, atteso che tali atti amministrativi non hanno natura provvidenziale e non cessano di operare nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali (cfr. la richiamata Cass., ss. uu. 28 dicembre 2007 n. 27169). Dunque, è stata affermata la competenza del giudice

civile a conoscere della domanda giurisdizionale del privato concorrente volta a far accettare la sorte del contratto la cui aggiudicazione in favore di terzi sia stata annullata su suo ricorso, mentre non è stato affatto negato, anzi è stato espressamente ammesso, che l'amministrazione pubblica possa rimuovere essa stessa il contratto, in virtù dei propri poteri autoritativi e perciò senza rivolgersi al giudice ordinario.

Peraltro, la constatazione delle conseguenze giuridiche dell'annullamento giurisdizionale degli atti di gara e la conseguente adozione dei provvedimenti conformativi ai principi contenuti nella relativa sentenza costituisce, come ben ha detto il primo giudice, un obbligo stringente della stazione appaltante, tanto che, in caso di inosservanza, è dato all'interessato vittorioso di instaurare il giudizio di ottemperanza nel quale il giudice amministrativo, nell'esercizio della sua giurisdizione di merito, può sindacare in modo pieno, completo e satisfattivo per il ricorrente, l'attività posta in essere dall'amministrazione o il suo comportamento omissivo, adottando tutte le misure (direttamente o per il tramite di un commissario) necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per assicurare al medesimo ricorrente il bene della vita perseguito attraverso il giudizio di legittimità, reintegrandolo nella situazione concreta che avrebbe già conseguito qualora l'amministrazione non avesse adottato l'atto di aggiudicazione illegittimo (cfr. Cons. St., Ad. plen. 30 luglio 2008 n. 9, anch'essa richiamata dalle appellanti). In altri termini, se il giudice dell'esecuzione può sostituirsi all'amministrazione provvedendo anche sulla sorte del contratto per le finalità appena dette, è chiaro che a tanto può provvedere, anzi è doveroso che provveda, la stessa amministrazione.

E nella specie non è dubbio che, al fine di conformarsi alla menzionata decisione n. 2629/08 del giudice amministrativo, esecutiva ancorché non passata in giudicato per effetto del ricorso per cassazione, la Regione era tenuta a rinnovare la

procedura mediante “quanto meno” la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, come statuito con la stessa decisione, quindi a rimuovere previamente ed essa stessa il contratto, o meglio i contratti stipulati con l'a.t.i. la cui aggiudicazione era stata annullata, indipendentemente dalla mancata pronuncia sulla sorte dei medesimi contratti, oltretutto evidentemente dovuta all'assenza di relativa domanda. Ne consegue che, diversamente dalla prospettazione delle appellanti, il solo fatto dell'esistenza dei contratti non rende illegittimo l'atto interruttivo unilaterale iure imperi della Regione che ha caducato il rapporto consensuale in assenza di intervento del giudice ordinario; pertanto, giustamente il primo giudice ha disatteso la censura che, come puntualizzato dalle stessa appellanti, era “indirizzata non a individuare la giurisdizione ma a contestare la legittimità di un atto unilaterale di risoluzione di un rapporto contrattuale essendo tale potestà ricompresa nella giurisdizione del giudice ordinario”.

6.- Al successivo motivo d'appello, volto a far valere l'erroneità della sentenza nel punto in cui non ha tenuto conto dell'inesistenza di una pronuncia giurisdizionale che avesse caducato i contratti e che la decisione n. 2629/08 non fosse passata in giudicato, si è già data risposta al paragrafo che precede.

7.- Il terzo motivo riguarda le censure, di cui al terzo motivo originario concernente l'annullamento del bando e del capitolato speciale, di sviamento per aver l'Amministrazione introdotto profili surrettizi di autotutela onde travolgere l'intera procedura, di inosservanza del principio del giusto procedimento ex art. 7 della legge n. 241 del 1990, per non aver dato avviso di avvio del procedimento di autotutela, e dei tempi, oneri motivazionali ed economici in tema di autotutela ex artt. 21 quinques e 21 nonies della stessa legge, per non aver considerato l'esistenza di contratti validi ed efficaci, l'affidamento e l'interesse dei destinatari, nonché per non aver esplicitato le ragioni di interesse pubblico sottese all'annullamento né previsto alcun indennizzo.

Anche a tale riguardo devono essere condivise le conclusioni, sopra ricordate, raggiunte dal primo giudice.

Difatti, l'annullamento integrale della procedura trova giustificazione nelle ampie ragioni di fatto e di diritto esplicitate nel provvedimento impugnato; ragioni, peraltro non specificamente contestate dalle ricorrenti e riconducibili anche alle mutate esigenze dell'Ente, che escludono in radice ogni sviamento, tanto più che, come detto, non si ricollegano alla rimozione dei contratti; rimozione invece connessa all'esecuzione della decisione n. 2629/08, sia che la Regione intendesse seguire la via della riapertura dei termini per le offerte, indicato come minus nella pronuncia della Sezione, sia che, come fatto, si determinasse nel senso di travolgere l'intera gara, a ciò non ostando in alcun modo la medesima decisione. Parimenti, dopo quest'ultima non è configurabile alcun affidamento delle appellanti già aggiudicatarie alla prosecuzione del rapporto, oltretutto stante il preciso onere imposto dalla stessa all'Amministrazione di rinnovare la procedura. Né, appunto in qualità di aggiudicatarie mediante provvedimento però annullato in sede giurisdizionale, sede nella quale esse sono risultate soccombenti, avrebbero potuto trarre alcun vantaggio dal mantenimento in vita del bando e del capitolato, sicché non era configurabile una loro posizione - differenziata rispetto agli altri partecipanti alla gara - di destinatarie dell'adottato provvedimento di autotutela e, conseguentemente, non v'era necessità che fosse loro comunicato il relativo avvio. Peraltro, la Regione Campania si è data carico, oltre che di puntualizzare che "non sussistono posizioni soggettive suscettibili di essere sfavorevolmente incise atteso che, al momento, non esiste né un aggiudicatario né alcun soggetto che possa aver confidato, e tratto utilità, dall'efficacia e validità dei precedenti atti di gara", di valutare comunque le posizioni delle a.t.i. Ricorrente Service Sud e La Nuova Lince in ordine alla riapertura della gara sulla base dei precedenti atti non annullati dal giudice amministrativo mediante confronto concorrenziale limitato a tali due

concorrenti, rilevando come il loro eventuale interesse in tal senso dovesse ritenersi recessivo a fronte dell'interesse dell'Amministrazione ad indire una nuova gara non solo per le ragioni di fatto e di diritto già esplicitate, ma anche per le ulteriori “ragioni di economia e di speditezza dell'azione amministrativa in considerazione della probabile infruttuosità della procedura concorsuale ove si tenessero fermi i prezzi e le condizioni contrattuali di cui al precedente capitolato”. Infine, essendo il provvedimento di ritiro sorretto – anche – da ragioni relative a indicati vizi di legittimità degli atti rimossi e, soprattutto, agendo ex tunc, è evidente che si è trattato di annullamento d'ufficio disciplinato dal cit. art. 21 nonies, essendo però parimenti evidente, per quanto esposto, che tale provvedimento non trovava ostacolo né negli interessi delle due a.t.i. né, di conseguenza, nel tempo decorso.

Ma quand'anche si trattasse di revoca disciplinata dal precedente art. 21 quinquies, non per questo avrebbe dovuto essere previsto un indennizzo in favore dell'a.t.i. Ricorrente Service a termine dei co. 1 o 1-bis dello stesso articolo, dal momento che non ne sussistono i presupposti poiché, per le stesse ragioni dianzi esposte, tale a.t.i. non può essere compresa tra i “soggetti direttamente interessati” per i quali la revoca comporti pregiudizi in loro danno, né la stessa revoca incide “su rapporti negoziali”. In realtà, il pregiudizio lamentato in ordine alla mancata continuazione del rapporto contrattuale non le deriva dall'autoannullamento del bando e del capitolato, bensì dall'annullamento giurisdizionale dell'illegittima aggiudicazione, di cui l'a.t.i. si è giovata per il periodo in cui ha eseguito il servizio e, peraltro, ha continuato in ultima analisi a giovarsi in qualità di affidataria provvisoria, appunto quale precedente aggiudicataria, nelle more dell'espletamento della nuova gara (sia pur non oltre 180 giorni), come disposto con lo stesso provvedimento impugnato.

8.- Col quarto motivo le appellanti si dolgono della reiezione da parte del TAR delle censure formulate nei riguardi del nuovo bando di gara e, più precisamente, della riduzione del monte ore della vigilanza armata, non compensata dall'aumento del monte ore del servizio di reception e custodia in quanto non rispettosa dell'obbligo di salvaguardia dei livelli occupazionali, sotto i profili del demansionamento e della connessa riduzione stipendiale, derivante sia dai contratti collettivi nazionali di categoria, sia dalle conformi disposizioni del capitolato speciale del 2009.

La tesi da cui muovono, secondo cui siffatto obbligo andrebbe inteso nel senso del reimpegno delle stesse unità già utilizzate nella gestione del servizio, per lo stesso monte ore e con le medesime mansioni, non può essere seguita. La salvaguardia e la tutela dei “livelli” di occupazione ,che la ditta aggiudicataria è tenuta ad osservare ai sensi dell’art. 8 del capitolato speciale del 2009 nel rispetto delle norme contrattuali in materia, non implica l’assorbimento in senso assoluto del personale del precedente appaltatore con le rispettive qualifiche e funzioni, giacché tali norme, ed in particolare gli artt. 25, 26 e 27 del contratto collettivo nazionale di lavoro per i dipendenti da istituti di vigilanza privata del 2 maggio 2006, si limitano a prevedere procedure volte al fine di “favorire” la salvaguardia occupazionale degli operatori, da attivarsi, nella ricorrenza di determinate condizioni, da parte della richiedente azienda uscente e con l’eventuale intervento, anche in funzione di arbitrato, della competente direzione provinciale del lavoro. Non obbligano, perciò, la stazione appaltante a bandire appalti riguardanti il servizio in parola modulati in modo perfettamente identico ai pregressi, ossia non precludono affatto una riduzione del precedente monte ore, con conseguente riduzione del numero delle guardie giurate occorrenti. D’altra parte, bene ha sottolineato il primo giudice che, altrimenti, si costringerebbe l’amministrazione a “congelare” le condizioni del servizio a detrimento delle proprie esigenze, in specie in ordine al risparmio di

spesa, ferma restando, in relazione ai posti da occupare come risultanti dalla riorganizzazione del servizio, la necessità che sia assicurata la continuità in favore degli attuali addetti.

Né depone in senso contrario il precedente giurisprudenziale richiamato dalle appellanti, il quale attiene non all'aspetto qui in trattazione, bensì alla possibilità o meno che, una volta effettuato il passaggio del personale di cui trattasi, l'appaltatore subentrante resti libero di adottare per le attività oggetto di gara le politiche di gestione dei dipendenti maggiormente confacenti ai propri scopi, compresa la riduzione del monte ore e delle unità impiegate (cfr. Cons. St., Sez. V, 23 agosto 2004 n. 5583).

9.- Le considerazioni suesposte valgono a confutare anche il quinto motivo con cui in sostanza si ripropongono, infatti, le censure appena disattese sotto l'ulteriore ma correlato aspetto della violazione del principio, espresso dall'art. 86, co. 3 bis, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, del divieto di deroga ai valori minimi del costo del lavoro con riferimento al personale già impiegato come guardia giurata nella vigilanza armata, che ora sarebbe da adibire a servizi di portierato; doglianza, questa, che il TAR non avrebbe esaminato. Al riguardo, basta aggiungere che l'omissione di pronuncia da parte del primo giudice è in realtà insussistente, in quanto il TAR ha ritenuto non condivisibile, e come si è visto giustamente, lo stesso presupposto della medesima doglianza.

10.- Col penultimo motivo le appellanti sostengono che il TAR non abbia ben compreso la censura concernente la mancata previsione dell'obbligo di acquisto delle attrezzature tecnologiche, da loro acquistate ed in parte già pagate dalla Regione, da parte del nuovo aggiudicatario; censura diretta a far valere la violazione del principio di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa. Premesso che il preteso travisamento si è tradotto, se mai, nell'omissione dell'esame di tale profilo di doglianza e che tale omissione non

rileva autonomamente, poiché da ciò consegue l'esame integrale delle corrispondenti censure d'appello, la Sezione osserva al riguardo che i precedenti contratti non prevedevano affatto la fornitura delle apparecchiature tecnologiche, bensì l'obbligo dell'appaltatore di "installare e mantenere tutte le apparecchiature offerte in sede di gara come servizi collaterali, allo scopo di rendere più efficiente la sorveglianza agli immobili oggetto del servizio di cui al presente contratto" (cfr. artt. 3 dei contratti 29 ottobre 2007 nn. 14024 e 14025), quindi l'uso di tali apparecchiature costituiva modalità di espletamento del servizio, cumulativamente retribuito con i prefissati prezzi-orario (artt. 5 dei predetti contratti). Ne consegue che non corrisponde al pregresso ed effettivo assetto contrattuale l'asserito pagamento almeno parziale delle dette apparecchiature, sicché non sussiste la lamentata antieconomicità della mancata previsione dell'obbligo di acquisto delle stesse apparecchiature da parte del nuovo appaltatore.

11.- L'ultimo motivo, inteso a rivendicare il risarcimento del danno derivante dall'illegittimità del provvedimento impugnato in primo grado e, in subordine, della dovutezza di indennizzo, è evidentemente infondato sia sotto il primo profilo, stante la piena legittimità alla stregue delle proposte censure dello stesso provvedimento, sia sotto quello subordinato, per le considerazioni esposte al precedente paragrafo 7).

12.- In conclusione, gli appelli non possono che essere respinti, mentre la complessità e la peculiarità della vicenda consigliano la compensazione tra le parti delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, riuniti gli appelli in epigrafe, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente FF

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/05/2010

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

Il Dirigente della Sezione