

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 30/11/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37587-illegittimo-e-illogico-annullamento-aggiudicazione-definitiva-con-restituzione-cauzione-definitiva>

Autore: Lazzini Sonia

Illegittimo e illogico annullamento aggiudicazione definitiva con restituzione cauzione definitiva

L'adito Tar considera scorretto il comportamento di una Stazione appaltante che ha annullato, revocato e/o, comunque, ritirato, in via di autotutela, l'aggiudicazione definitiva con svincolo e restituzione della **cauzione definitiva** (sentenza numero 919 del 9 luglio 2015 pronunciata dal Tar Sardegna, Cagliari)

.

Sonia Lazzini

L'Amministrazione ha deciso di “annullare, revocare e/o comunque ritirare in via di autotutela la deliberazione n. 1333 del 25/07/2013, recante la presa d'atto dell'aggiudicazione definitiva” confondendo istituti diversi che si fondano su differenti presupposti di fatto e di diritto.

In disparte la questione per cui gli atti amministrativi vanno interpretati non solo in base al tenore letterale, ma anche risalendo alla effettiva volontà dell'Amministrazione ed al potere concretamente esercitato, cosicché occorre prescindere dal nomen iuris ad essi attribuito al momento della adozione, nel caso che qui occupa il Collegio, quale che sia il risultato dello sforzo interpretativo del Giudice, in ogni caso difettano del tutto i presupposti per il legittimo esercizio dell'autotutela da parte dell'Amministrazione. Pur considerando l'atto impugnato quale una revoca tenuto conto “del notevole lasso di tempo trascorso dall'indizione della gara” e “che le caratteristiche sostanziali dei servizi da esternalizzare sono mutate” (così si legge nel provvedimento) l'illegittimità dello stesso è flagrante.

Va difatti ricordato che se non è precluso all' amministrazione appaltante di revocare l'aggiudicazione definitiva, si deve però essere in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, del quale occorre dare atto nella motivazione del provvedimento di autotutela, alla stregua dei principi generali dell'ordinamento giuridico, i quali, oltre che

espressamente codificati dall'art. 21 quinquies, l. n. 241 del 1990, trovano fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall'art. 97 cost., ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa. L'esercizio di tale potere in questo caso sconta tutti i vizi per cui sono state sollevate censure dalle ricorrenti posto che l'Amministrazione fonda la revoca su una situazione che essa stessa ha colpevolmente creato. Non è quindi revocabile in dubbio la manifesta illogicità delle scelte operate.

L'azione di annullamento deve pertanto essere accolta poiché fondati sono tutti i motivi di ricorso dedotti per le ragioni sopra esposte.

La domanda risarcitoria deve invece essere rigettata, poiché l'annullamento dell'atto di autotutela, insieme alla circostanza che la nuova gara non è stata bandita rimette in gioco l'Ati aggiudicataria che pertanto avrà la possibilità di conseguire - all'esito delle nuove valutazioni riservate all'Amministrazione - l'agognato bene della vita (aggiudicazione della gara e contratto di appalto). Si tratta di una reintegrazione in forma specifica nella posizione sostanziale lesa che esclude, anche in prospettiva strumentale, ogni ipotesi di risarcimento alternativo.

N. 00919/2015 REG.PROV.COLL.

N. 00216/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

DIRITTO

Anzitutto va rilevato che con memoria del 23 marzo 2015 l'Azienda ospedaliero universitaria di Cagliari e con memoria del 27 marzo 2015 la Direzione territoriale del lavoro di Cagliari hanno eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva osservando come nessuno dei provvedimenti impugnati è, rispettivamente, riferibile all'Amministrazione intimata o avente natura provvedimentale. Le eccezioni sono fondate e deve essere, pertanto, dichiarato il difetto di legittimazione passiva della Azienda ospedaliero universitaria di Cagliari e della Direzione territoriale del lavoro di Cagliari, con estromissione delle stesse dal presente giudizio.

Nel merito il ricorso è fondato e deve essere accolto.

Si deve ricordare che l'art. 120 comma 10 del codice del processo amministrativo recita: "Tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all' articolo 74" (vale a dire in forma semplificata).

La questione è di pronta e agevole soluzione.

Le argomentazioni ben sintetizzate dalla difesa delle ricorrenti nella memoria depositata l'11 maggio 2015 sono condivisibili. La ricostruzione della vicenda è, invero, semplice poiché la questione ruota tutta intorno all'interpretazione del capitolato speciale di appalto.

Due sono le disposizioni che qui particolarmente rilevano.

L'art. 17 che, tra l'altro, recita: "La ditta aggiudicataria applicherà integralmente ai propri addetti (e se cooperative anche verso i soci) i contenuti economico – normativi di cui alla contrattazione nazionale di categoria e si obbligherà ad applicare integralmente tutte le norme dei contratti collettivi di lavoro nazionali e locali al momento vigenti e in vigore nel periodo corrispondente alla durata del presente appalto".

Sempre l'art. 17, tra l'altro, recita: La ditta aggiudicataria si impegna all'osservanza delle norme di legge e regolamenti e degli accordi ulteriormente applicativi vigenti in tema di salvaguardia occupazionale previsti dal CCNL del 19.12.2007 e ss.mm.ii per il personale dipendente da Imprese di servizi integrati/Multiservizi ed in particolare alla norma contenuta nell'art. 4 dello stesso".

L'art. 18 recita: "Al fine di mantenere inalterati i livelli occupazionali, la Ditta aggiudicataria si impegna ad assumere la forza lavoro impiegata, che abbia svolto prevalentemente la propria attività nell'appalto, secondo quanto previsto dall'art. 4 del CCNL del 19.12.2007".

Stando così le cose, e non potrebbe essere altrimenti, come sarà di seguito esposto, non vi è alcuna ragione per pretendere l'applicazione integrale del CCNL multiservizi.

La prima ragione, stringente, è che ciò non è previsto dalla legge di gara che fa riferimento esclusivamente all'applicazione della "clausola sociale".

La seconda ragione, non meno stringente è che quand'anche il bando (e così non è) avesse previsto l'applicazione esclusiva di un determinato contratto collettivo, esso sarebbe stato illegittimo come già questo T.a.r. ha avuto occasione di affermare (Ta.r. Sardegna, Sez. I, 9 maggio 2009, n. 724).

Più di recente il T.a.r. Toscana ha ribadito che “spetta all’autonomia negoziale delle parti definire l’ambito di applicazione dei contratti collettivi di lavoro che esse stipulano. La previsione in sede di gara dell’applicazione obbligatoria di un determinato contratto collettivo quale condizione per la partecipazione alla stessa violerebbe il principio di libera contrattazione delle condizioni di lavoro previsto nel nostro ordinamento” (Ta.r. Toscana, Sez. I, 11 luglio 2013 n. 1160 e, in senso conforme, T.a.r. Piemonte, Sez. I - sentenza 9 gennaio 2015, n. 23).

A quanto finora esposto va ancora aggiunto quanto segue.

L’Amministrazione ha deciso di “annullare, revocare e/o comunque ritirare in via di autotutela la deliberazione n. 1333 del 25/07/2013, recante la presa d’atto dell’aggiudicazione definitiva” confondendo istituti diversi che si fondano su differenti presupposti di fatto e di diritto.

In disparte la questione per cui gli atti amministrativi vanno interpretati non solo in base al tenore letterale, ma anche risalendo alla effettiva volontà dell’Amministrazione ed al potere concretamente esercitato, cosicché occorre prescindere dal nomen iuris ad essi attribuito al momento della adozione, nel caso che qui occupa il Collegio, quale che sia il risultato dello sforzo interpretativo del Giudice, in ogni caso difettano del tutto i presupposti per il legittimo esercizio dell’autotutela da parte dell’Amministrazione. Pur considerando l’atto impugnato quale una revoca tenuto conto “del notevole lasso di tempo trascorso dall’indizione della gara” e “che le caratteristiche sostanziali dei servizi da esternalizzare sono mutate” (così si legge nel provvedimento) l’illegittimità dello stesso è flagrante.

Va difatti ricordato che se non è precluso all’Amministrazione appaltante di revocare l’aggiudicazione definitiva, si deve però essere in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, del quale occorre dare atto nella motivazione del provvedimento di autotutela, alla stregua dei principi generali dell’ordinamento giuridico, i quali, oltre che espressamente codificati dall’art. 21 quinquies, l. n. 241 del 1990, trovano fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall’art. 97 cost., ai quali deve ispirarsi l’azione amministrativa. L’esercizio di tale potere in questo caso sconta tutti i vizi per cui sono state sollevate censure dalle ricorrenti posto che l’Amministrazione fonda la revoca su una situazione che essa stessa ha colpevolmente creato. Non è quindi revocabile in dubbio la manifesta illogicità delle scelte operate.

L’azione di annullamento deve pertanto essere accolta poiché fondati sono tutti i motivi di ricorso dedotti per le ragioni sopra esposte.

La domanda risarcitoria deve invece essere rigettata, poiché l’annullamento dell’atto di autotutela, insieme alla circostanza che la nuova gara non è stata bandita rimette in gioco l’Ati aggiudicataria che pertanto avrà la possibilità di conseguire - all’esito delle nuove valutazioni riservate all’Amministrazione - l’agognato bene della vita (aggiudicazione della gara e contratto di appalto). Si tratta di una reintegrazione in forma specifica nella posizione sostanziale lesa che esclude, anche in prospettiva strumentale, ogni ipotesi di risarcimento alternativo.

Le spese seguono la regola della soccombenza nei confronti della ASL 8 e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

- 1) dispone l'estromissione dal presente giudizio della Azienda ospedaliero universitaria di Cagliari e della Direzione territoriale del lavoro di Cagliari;
- 2) accoglie l'azione ex art. 29 del codice del processo amministrativo e per l'effetto annulla gli atti impugnati come da motivazione;
- 3) respinge la domanda risarcitoria;
- 4) condanna l'ASL 8 di Cagliari alle spese del presente giudizio che liquida in € 3.000/00 oltre accessori di legge e restituzione contributo unificato.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere

Gianluca Rovelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **09/07/2015**

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)