

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 07/03/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37938-nessuna-pretesa-ricorrente-decorso-sia-rinnovo-contrattuale-che-quello-semestrale-proroga-tecnica>

Autore: Lazzini Sonia

**Nessuna pretesa ricorrente decorso sia rinnovo
contrattuale che quello semestrale proroga tecnica**

Tar Campania, Napoli sentenza numero 392 del 26 gennaio 2016

il principio del divieto di rinnovo dei contratti di appalto scaduti, stabilito dall'art. 23 l. 18 aprile 2005 n. 62, ha valenza generale e preclusiva sulle altre e contrarie disposizioni dell'ordinamento;

SONIA LAZZINI

il predetto divieto esprime un principio generale, attuativo di un vincolo comunitario discendente dal Trattato CE (che, in quanto tale, opera per la generalità dei contratti pubblici), mentre la semplice proroga può essere accordata per un tempo predeterminato e limitato, oltre, ad essere prevista ab origine negli atti di gara e viene esercitata in modo espresso e con adeguata motivazione (detti presupposti non si rivengono nelle determinazioni impugnate) (T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 7 aprile 2015 n. 490);

le disposizioni legislative che consentono o autorizzano la proroga di rapporti contrattuali in essere debbono considerarsi eccezionali (in quanto derogatorie del divieto generale di proroga dei contratti pubblici per la fornitura di beni e servizi) e in quanto tali non suscettibili di interpretazione estensiva” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 4 settembre 2015, n. 4345);

in definitiva, “in tema di gestione di un servizio pubblico, le proroghe previste dalla normativa statale e regionale poste non possono essere interpretate nel senso di imporre la prosecuzione degli affidamenti in essere. Tale interpretazione condurrebbe a risultati contrastanti con le sovraordinate normative sia comunitaria, sia costituzionale. Appare, infatti, difficilmente compatibile con la normativa comunitaria in materia di contratti pubblici una seconda proroga degli affidamenti vigenti e se le suddette norme fossero interpretate nel senso di obbligare le Amministrazioni in tal senso, potrebbe emergere un'elusione da parte dello Stato italiano dei vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea. Sotto il profilo della compatibilità costituzionale apparirebbe poi difficilmente armonizzabile con il principio di libera iniziativa

economica, ex art. 41 Cost., l'imposizione alle imprese affidatarie di un servizio di gestione obbligatoria derivante dalla proroga contrattuale, alle condizioni in essere" (T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 4 giugno 2015 n. 859).

Da quanto esposto emerge che la ricorrente, già in regime di proroga di mero fatto, essendo decorso sia il periodo annuale di rinnovo contrattuale previsto dal bando che quello semestrale per l'eventuale proroga tecnica disposta per l'espletamento delle nuove procedure ad evidenza pubblica, (che, a quella data, dovevano essere già concluse) nulla può pretendere in ordine a presunti consolidamenti della propria posizione fattuale in relazione alle prestazioni ospedaliere de quo

il testo integrale di Tar Campania, Napoli sentenza numero 392 del 26 gennaio 2016

N. 00392/2016 REG.PROV.COLL.

N. 05658/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

FATTO e DIRITTO

I. La società ricorrente, affidataria uscente già in regime di proroga nella gestione dei servizi messi a base di **gara**, agisce per l'ottemperanza della sentenza n. 1182/2015, confermata in appello, con la quale è stato disposto l'annullamento degli atti della procedura aperta indetta dall'Azienda

Ospedaliera Sant'Anna e San Sebastiano di Caserta per l'aggiudicazione del "servizio di noleggio e lavaggio della biancheria piana e confezionata, fornitura di kit sterili in TTR per campo operatorio, rifacimento letti non allettati e sanificazione teli sistemi antidecubito".

I.1. Sostiene parte ricorrente che dall'effetto conformativo del giudicato discenderebbe l'obbligo della stazione appaltante di ripristinare la situazione incisa dagli atti illegittimi. Rivivrebbero, in particolare, gli effetti degli originari provvedimenti legittimanti l'esecuzione del servizio in proroga da parte della medesima società in ATI. Argomenta, infatti, la ricorrente che dall'annullamento, tra gli altri, della delibera n. 614 dell'1.08.2014, di autorizzazione all'esecuzione anticipata delle prestazioni da parte dell'aggiudicatario, conseguirebbe il ripristino della situazione quo ante ovvero l'assegnazione in proprio favore, -autorizzata da ultimo con delibera n. 342 del 2014-, sino alla definizione delle procedure concorsuali in itinere.

I.2. Chiede, pertanto, l'immediata cessazione della gestione dei servizi ospedalieri, de quo, affidata al RTI controinteressata, già aggiudicatario, con immediata immissione nel servizio, quale precedente operatore economico, oltre alla fissazione, ex art. 114 c.p.a., di una somma di denaro per ogni giorno di ulteriore ritardo nell'esecuzione della sentenza.

II. Si sono costituite in giudizio l'Amministrazione intimata e le società in ATI, controinteressata e controinteressata 2, assegnatarie del servizio sulla base dell'aggiudicazione annullata, eccependo, preliminarmente l'inammissibilità del ricorso e concludendo, in subordine, per il suo rigetto. La società S.A.F. S.r.l. gestore in proroga in associazione temporanea d'impresе con l'attuale ricorrente ha, altresì, interposto intervento ad adiuvandum.

III. Alla camera di consiglio del 12.01.2016, fissata per la trattazione, la causa è stata introitata per la decisione.

IV. Si prescinde dall'eccezione d'inammissibilità attesa l'infondatezza del ricorso.

IV.1. Ora, la sentenza della cui esecuzione si controverte:

a) ha disposto l'annullamento degli atti di **gara** "comprensivi dell'aggiudicazione definitiva, nonché quelli successivi e conseguenti, quali il provvedimento che ne revoca la temporanea sospensione dell'efficacia e quello di autorizzazione all'aggiudicatario all'esecuzione anticipata delle prestazioni";

b) specificando, altresì, che "la fondatezza del primo e del secondo motivo di censura introdotti con il ricorso principale nei termini sopra indicati comporta la necessità di rinnovare l'intera procedura concorsuale";

c) nulla ha previsto in ordine all'efficacia del contratto medio tempore stipulato, in data 22.12.2014, n. rep. 259, tra l'Azienda ospedaliera e il RTI aggiudicatario, in osservanza del disposto di cui all'art. 122 c.p.a..

IV.2. Parimenti il decisum del giudice di appello, nel confermare la prima pronuncia, ha dichiarato esclusivamente "l'annullamento dell'intera procedura e della stessa lex di **gara** in parte qua" (C.d.S., sez. III, n. 4812 del 21.10.2015).

V. Orbene, secondo consolidata giurisprudenza, dalla quale questo Collegio non ravvisa valide ragioni per discostarsi:

a) "dopo l'entrata in vigore delle disposizioni attuative della direttiva 2007/66/CE, ora riprese negli artt. 121 e 122 CPA (d.lgs. n. 104/2010), in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione di una pubblica **gara**, spetta al Giudice Amministrativo il potere di decidere discrezionalmente (anche

nei casi di violazioni gravi) se mantenere o meno l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato. Tale sistema normativo, in base al quale l'inefficacia del contratto non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma costituisce oggetto di una specifica pronuncia giurisdizionale, si pone come innovazione rispetto alla logica sequenza procedimentale che vede la privazione degli effetti del contratto strettamente connessa all'annullamento dell'aggiudicazione, e da questa dipendente” (Cons. di St., sez. VI, 12.12.2012, n. 6374; id., sez. III, 10.04.2015, n. 1839 e sez. V, 1.10.2015, n. 4585). In altri termini, “in base al principio-cardine dell'intero sistema normativo successivo alla direttiva 2007/66/CE, l'inefficacia del contratto d'appalto, in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, deve essere sempre dichiarata da “un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice” (art. 1, par. 3 della direttiva citata), di modo che deve escludersi che l'inefficacia del contratto possa risultare per implicito, a seguito dell'annullamento in s.g. dell'aggiudicazione, dovendo l'inefficacia stessa scaturire sempre da un'espressa pronuncia del giudice, avendo il legislatore comunitario escluso ogni ipotesi di caducazione automatica” (Cons. di St., sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 140);

b) “quanto sopra esposto trova conferma, nell'odierno assetto processuale interno, nell'ovvio rilievo che i casi possibili di declaratoria d'inefficacia del contratto di appalto sono oggi tassativi, essendo esclusivamente quelli disciplinati dagli artt. 121 e 122 cod. proc. amm., con riferimento rispettivamente all'inefficacia sempre discendente da gravi violazioni e ad altri casi accertabili dal giudice, e al di fuori di tali ipotesi non potendosi dare ulteriori declaratorie d'inefficacia...”;

c) “venendo dunque al caso che qui occupa, è da un lato pacifico che la fattispecie esaminata ... non rientrava in alcuna delle ipotesi contemplate dall'art. 121 cod. proc. amm.; per vero, essa non ricadeva neanche nella previsione dell'articolo successivo, dalla cui lettura è dato evincere che l'opzione del legislatore è stata nel senso di rimettere al giudice il potere discrezionale di dichiarare l'inefficacia del contratto di appalto, in caso di vizi diversi da quelli specificamente indicati dall'art. 121, solo laddove ciò possa comportare per il ricorrente l'utilità costituita dal "subentro" nella posizione di affidatario (e, quindi, la possibile stipula di un nuovo contratto che lo veda interlocutore dell'Amministrazione); ciò è confermato dal fatto che la norma ha, al contrario, espressamente escluso la possibilità di dichiarare l'inefficacia del contratto laddove l'annullamento comporti la necessità di ripetizione della **gara**” (Cons. di St., sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 140);

d) “l'art. 122 c.p.a. stabilisce, infatti, che, fuori dai casi indicati dall'art. 121 comma 1 e dall'art. 123 comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la **gara** e la domanda sia stata proposta (T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 3 giugno 2015 n. 1852; nello stesso senso, Cons. di St., sez. VI, 8 agosto 2014 n. 4225; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 19 ottobre 2012 n. 8695 e sez. I, 22 settembre 2010 n. 32377);

e) “ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a. in nessun caso il giudice amministrativo può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati e tale regola vale anche quando il giudice, secondo quanto disposto dagli artt. 121 e 122 dello stesso c.p.a., dichiara l'inefficacia del contratto, potendo in tal caso disporre il subentro del ricorrente solo quando l'accoglimento del ricorso non renda necessaria un'ulteriore attività procedimentale dell'Amministrazione per l'individuazione del nuovo aggiudicatario della **gara**” (Cons. di St., sez. V, 01.10.2015, n. 4585);

f) pertanto, “a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione della **gara** relativa al servizio ... causato da vizi che comportano la rinnovazione della procedura, va dichiarata la persistenza dell'efficacia del relativo contratto fino alla conclusione della nuova **gara**, attesa l'esigenza imperativa connessa all'interesse generale di assicurare il servizio pubblico in questione” (T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 7 novembre 2011 n. 886).

V.1. Ne consegue che, nel caso de quo, la facoltà, in sede di annullamento degli atti di **gara**, per il giudice di pronunciarsi in ordine all'efficacia del contratto non poteva essere esercitata, dovendo l'Amministrazione procedere alla ripetizione totale della procedura concorsuale con esclusione di ogni possibilità di subentro e ferma medio tempore la validità del contratto già stipulato.

VI. Ciò posto, deve ritenersi che la stazione appaltante abbia dato puntuale esecuzione al giudicato.

VI.1. Con bando pubblicato in data 18.07.2015, infatti, So.Re.Sa., società regionale per la sanità, ha indetto apposita "Procedura per l'affidamento dei servizi integrati di lava-noleggio per le Aziende Sanitarie della Regione Campania", nel cui ambito, il Lotto 4 si riferisce proprio all'approvvigionamento del servizio di lavanolo a favore dell'Azienda Ospedaliera Sant'Anna e San Sebastiano di Caserta. Fissata la scadenza del termine per la presentazione delle offerte al 15 dicembre 2015, l'apertura delle buste è al momento solo stata rinviata.

VI.2. Medio tempore, inoltre, preso atto dell'esito del contenzioso, l'Amministrazione intimata, allo scopo di garantire la continuazione di un servizio essenziale nelle more dell'espletamento della suddetta **gara**, ha, comunque, proceduto, ad abundantiam, a “- autorizzare il ricorso alla procedura di cui all'art. 57, comma 2, lett. c) d.lgs. 163/2006, prevedendo l'inserimento nel contratto della specifica clausola risolutiva espressa, in vista dell'aggiudicazione del servizio da parte della So.Re.Sa. S.p.a.; - disporre che sino all'aggiudicazione della **gara** di appalto la continuazione del servizio in questione sarà assicurata da parte della controinteressata S.r.l. alle stesse condizioni del contratto 259" (deliberazione n. 1 del 5.01.2016).

VII. Con riferimento, poi, alla specifica posizione rivestita dell'attuale ricorrente, si osserva quanto segue.

VII.1. L'ricorrente Ospedaliera svolgeva il servizio in regime di proroga, sino alla conclusione della **gara** e comunque non oltre il 31.07.2014.

Il bando della **gara** per la quale era risultata vincitrice, pubblicato nel 2008, aveva, infatti, durata biennale, rinnovabile per un anno, e, considerato che l'appalto era stato affidato il 9.04.2009, con delibera n. 320/2009, la gestione del relativo servizio sarebbe dovuta terminare, al più, nel 2012.

Invero, alla scadenza naturale del rapporto contrattuale, l'8.04.2011, con deliberazione 621/2013, l'Azienda ha ratificato il servizio precedente prorogandolo fino al 31.12.2013. Con deliberazione n. 342/2014 la medesima Azienda ha disposto la sua prosecuzione sino al 31.07.2014.

Al momento dell'aggiudicazione definitiva della nuova **gara** alla controinteressata, avvenuta il 20.06.2014, l'attuale ricorrente aveva quindi già assicurato il servizio in regime di proroga da oltre un biennio, in violazione dell'art. 23 della l. n. 62/2005, che, invero, consente eccezionali proroghe per la durata massima di soli sei mesi.

VII.2. Non può, all'uopo, disconoscersi, che, contrariamente all'assunto di parte ricorrente:

A) “il principio del divieto di rinnovo dei contratti di appalto scaduti, stabilito dall'art. 23 l. 18 aprile 2005 n. 62, ha valenza generale e preclusiva sulle altre e contrarie disposizioni

dell'ordinamento; il predetto divieto esprime un principio generale, attuativo di un vincolo comunitario discendente dal Trattato CE (che, in quanto tale, opera per la generalità dei contratti pubblici), mentre la semplice proroga può essere accordata per un tempo predeterminato e limitato, oltre, ad essere prevista ab origine negli atti di **gara** e viene esercitata in modo espresso e con adeguata motivazione (detti presupposti non si rivengono nelle determinazioni impugnate) (T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 7 aprile 2015 n. 490);

B) “le disposizioni legislative che consentono o autorizzano la proroga di rapporti contrattuali in essere debbono considerarsi eccezionali (in quanto derogatorie del divieto generale di proroga dei contratti pubblici per la fornitura di beni e servizi) e in quanto tali non suscettibili di interpretazione estensiva” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 4 settembre 2015, n. 4345);

C) in definitiva, “in tema di gestione di un servizio pubblico, le proroghe previste dalla normativa statale e regionale poste non possono essere interpretate nel senso di imporre la prosecuzione degli affidamenti in essere. Tale interpretazione condurrebbe a risultati contrastanti con le sovraordinate normative sia comunitaria, sia costituzionale. Appare, infatti, difficilmente compatibile con la normativa comunitaria in materia di contratti pubblici una seconda proroga degli affidamenti vigenti e se le suddette norme fossero interpretate nel senso di obbligare le Amministrazioni in tal senso, potrebbe emergere un'elusione da parte dello Stato italiano dei vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea. Sotto il profilo della compatibilità costituzionale apparirebbe poi difficilmente armonizzabile con il principio di libera iniziativa economica, ex art. 41 Cost., l'imposizione alle imprese affidatarie di un servizio di gestione obbligatoria derivante dalla proroga contrattuale, alle condizioni in essere” (T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 4 giugno 2015 n. 859).

VII.3. Da quanto esposto emerge che la ricorrente, già in regime di proroga di mero fatto, essendo decorso sia il periodo annuale di rinnovo contrattuale previsto dal bando che quello semestrale per l'eventuale proroga tecnica disposta per l'espletamento delle nuove procedure ad evidenza pubblica, (che, a quella data, dovevano essere già concluse) nulla può pretendere in ordine a presunti consolidamenti della propria posizione fattuale in relazione alle prestazioni ospedaliere de quo.

VIII. Quanto alla natura del presente gravame, occorre ribadire, come già affermato, che “nel corso del giudizio di ottemperanza non è possibile riconoscere ed attribuire un diritto nuovo ed ulteriore rispetto a quello riconosciuto in sentenza atteso che il suo oggetto è rappresentato dalla puntuale verifica, da parte del giudice, dell'esatto adempimento dell'obbligo dell'Amministrazione di conformarsi al giudicato per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita riconosciutogli in sede di cognizione; detta verifica, che deve essere condotta nell'ambito dello stesso quadro processuale che ha costituito il substrato fattuale e giuridico della sentenza di cui si chiede l'esecuzione, comporta una puntuale attività di interpretazione del giudicato, al fine di enucleare e precisare il contenuto del comando, sulla base della sequenza «petitum — causa petendi — motivi — decisum», con la conseguenza che in sede di giudizio di ottemperanza ... non possono essere neppure proposte domande che non siano contenute nel decisum della sentenza da eseguire, trovando ingresso solo questioni che sono state oggetto dell'accertamento nel giudizio di cognizione (Cons. di St., sez. III, 17 dicembre 2014, n. 6162; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 9 giugno 2014, n. 319).

VIII.1. A tal fine non va sottaciuto che, con l'originaria impugnativa, la ricorrente ha fatto valere il proprio interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura di **gara**, integralmente soddisfatto, senza avanzare alcuna domanda né di subentro nel contratto medio tempore concluso né di affidamento in proroga, richieste quest'ultime, peraltro, inammissibili anche in quella sede non

essendo tale risultato utilmente conseguibile, peraltro, quale terza qualificata.

IX. In conclusione, l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva unitamente agli atti presupposti e conseguenti, nei termini indicati nella sentenza di cui si chiede l'esecuzione, non è da solo sufficiente a rendere automaticamente aggiudicataria definitiva o affidataria de facto dell'appalto la società ricorrente e conseguentemente a farle conseguire, altrettanto automaticamente, la declaratoria d'inefficacia del contratto stipulato l'eventuale subentro nel medesimo. Esso impone piuttosto all'Amministrazione di rinnovare il procedimento ad evidenza pubblica o nella gestione del servizio. Invero, all'esito della sentenza di annullamento degli atti di procedimento concorsuale ad evidenza pubblica motivato con l'illegittima postuma fissazione dei parametri di valutazione da parte della Commissione non è dato ravvisare nel giudicato alcun effetto conformativo eccedente l'onere dell'Amministrazione di attivarsi per il rinnovo delle operazioni concorsuali, emendandole da quei vizi.

X. Sulla base delle esposte considerazioni, il ricorso per l'ottemperanza va respinto.

XI. La complessità delle questioni dedotte e la continua evoluzione giurisprudenziale della materia trattata inducono il Collegio a compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta) respinge il ricorso per l'ottemperanza della sentenza di questa sezione, n. 1182/2015, di cui in epigrafe, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 4812/2015.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Pierluigi Russo, Presidente FF

Paolo Marotta, Primo Referendario

Gabriella Caprini, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **26/01/2016**

IL SEGRETARIO

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