

Non è legittimo annullare, in sede di autotutela, un'intera procedura di gara, in caso di presentazione di polizza fideiussoria, successiva alla stipula del contratto, ritenuta, in via presuntiva, falsa.

In merito al potere di autotutela di annullamento di un'intera procedura di gara, merita di essere segnalato quanto espresso dal Tar Campania, Napoli, con la sentenza numero 8580 del 17 ottobre 2006:

<Va nel contempo rilevato che l'azione di autotutela è tuttavia volta unicamente alla rimozione di vizi propri dell'attività funzionalizzata, intesa, quindi, come espressione di potere autoritativo, e ciò sia in termini provvedimentali che endoprocedimentali; rispetto ad una azione amministrativa che si ponga al di fuori di tale ambito, gli strumenti di intervento correttivo saranno altri e segnatamente in caso di attività più propriamente di natura privatistica quelli propri in materia di correzione o ritiro della volontà negoziale>

ma vi è di più:

<Emerge con solare evidenza dagli atti infatti che l'invocata garanzia era del tutto estranea alle regole del procedimento di selezione che si era concluso con l'aggiudicazione in favore della ditta ricorrente

La prestazione della fideiussione è sorta come obbligo per la ricorrente solo dopo la formale aggiudicazione ed è stata inserita successivamente nel regolamento contrattuale, finendo per costituire una vicenda propria del solo vincolo negoziale e non anche del procedimento di selezione.

Ne consegue che trattandosi di una vicenda relativa alla sola fase di esecuzione del rapporto contrattuale, gli strumenti in possesso del Commissario erano di tutt'altra natura rispetto all'esercizio di un potere di autotutela destinato ad incidere sugli atti di una gara che si era svolta in modo del tutto legittimo.

Del resto, la mancata prestazione delle garanzia entro il 31.1.2001 era stata già pattiziamente sanzionata nel contratto di cessione con la possibilità di richiedere unilateralmente la risoluzione del contratto, potere di cui il Commissario non ha ritenuto di avvalersi, anzi sostanzialmente accedendo una ipotesi modificativa dell'assetto del regolamento contrattuale attraverso il protocollo del 21.2.2001.

Né i provvedimenti appaiono convincenti sotto il profilo della congruità della motivazione, atteso che il mero rinvio a giudizio in sede penale, per imputazioni da cui il legale rappresentante è stato assolto con formula piena per insussistenza del fatto, in assenza di una autonoma valutazione della effettiva rilevanza ed illegittimità della condotta addebitata, non può costituire valida ragione per annullare in via definitiva una procedura di gara, in realtà svoltasi regolarmente.>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA SENT. IN NOME DEL POPOLO ITALIANOII Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania 1[^] Sezione - ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 3410/05 R.G. proposto da *** Sud s.r.l.

c o n t r o

Ministero delle Attività Produttive in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso ex lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli presso cui è domiciliata in Napoli, via A. Diaz n. 11; nonché nei confronti di

Commissario Liquidatore della società "La ***" s.c.a.r.l. in L.C.A. rappresentato e difeso dall'Avvocato Giancarlo Viglione ed elettivamente domiciliato in Napoli, via Santa Lucia n. 20, presso lo studio dell'Avvocato Vincenzo Maria Siniscalchi;

per l'annullamento previa sospensione

della nota del Commissario Liquidatore della coop. "La ***" del 24.3.2005;
del provvedimento del Ministero delle Attività Produttive del 10.3.2005 richiamato nella nota sub a);
degli atti presupposti a tale procedimento, ivi compresa la corrispondenza pregressa relativa alla procedura di autotutela culminata nel provvedimento di cui sub a);
nonché

per il risarcimento dei danni subiti e/o subendi dalla società ricorrente per effetto dei provvedimenti innanzi impugnati.

ed ancora tramite la proposizione di motivi aggiunti

della nota del Commissario Liquidatore della coop. "La ***" del 29.9.2005 con la quale è annullata l'aggiudicazione definitiva alla ricorrente della gara per la vendita del compendio aziendale della società "La ***" s.c.a.r.l.;
del parere espresso dal Comitato di Sorveglianza in data 12.9.2005 richiamato nella nota sub a), ma non allegato alla stessa;
della nota del Ministero delle Attività Produttive prot. n. p/1601975 del 26.9.2005, richiamata nella nota sub a), ma non allegata alla stessa;
di ogni ulteriore atto presupposto, conseguente e consequenziale a tale procedimento, comunque lesivo degli interessi del ricorrente;
nonché

per il risarcimento dei danni subiti e/o subendi dalla società ricorrente per effetto dei provvedimenti innanzi impugnati.

Visti tutti gli atti di causa;

Vista la costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata e de "La ***" s.c.a.r.l. in L.C.A.;

Relatore il Dott. Paolo Corciulo;

Uditi alla udienza pubblica del 5.7.2006 gli Avvocati di cui al relativo verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

A seguito di procedura di gara del 29.12.2000 la *** Sud s.r.l. risultava aggiudicataria del complesso aziendale della “La ***” s.c.a.r.l., posta in liquidazione coatta amministrativa in data 24.10.2000, società operante nel settore della vigilanza privata.

Successivamente alla stipulazione del contratto di vendita avvenuta il 15.1.2001 la società acquirente constatava che la consistenza dell’azienda acquistata era differente rispetto a quanto risultante dalla perizia di stima redatta in occasione della procedura di gara: infatti, le commesse erano di molto inferiori rispetto a quelle indicate, con inevitabili ricadute sulla effettiva possibilità di conservare i livelli occupazionali in atto; inoltre, le attrezzature e le apparecchiature erano assolutamente inadeguate in quanto obsolete o in cattivo stato di manutenzione.

Tale situazione veniva rappresentata al Commissario Liquidatore con note del 7 e del 16 febbraio 2001, comportando la modifica di alcune delle originarie previsioni contrattuali; infatti, attraverso la stipulazione di un protocollo di intesa in data 21.2.2001, veniva ridotto l’impegno dell’acquirente alla riassunzione dei lavoratori in mobilità limitandolo all’effettiva consistenza delle commesse esistenti, concordando altresì con le OO.SS. un piano di riorganizzazione; inoltre, si differiva la consegna dell’azienda alla data del 28.2.2001 e venivano modificate le modalità di rateizzo ed i termini di pagamento.

Una volta entrata in possesso del compendio aziendale la *** Sud s.r.l. verificava con maggior puntualità che le commesse erano praticamente inesistenti e che la situazione dei lavoratori de “La ***” s.c.a.r.l. era quasi ingestibile, tutto ciò anche a causa di scelte e comportamenti tenuti dalla L.C.A.; infatti, molte maestranze avevano impugnato innanzi al Giudice del Lavoro il loro collocamento in mobilità, adducendo l’assenza dei presupposti e vincendo le relative vertenze, in tal modo costringendo la *** Sud s.r.l. a pagare, a titolo di risarcimento e di reintegrazione, una somma complessiva pari ad oltre due milioni di euro.

La *** Sud s.r.l. citava quindi in giudizio la L.C.A. La *** s.c.a.r.l. per i danni subiti per effetto della compravendita.

Intanto, il Pubblico Ministero presso il Tribunale di Napoli, con atto del 17.1.2005 chiedeva il rinvio a giudizio di *** Stefano, legale rappresentante della *** Sud s.r.l., per i reati di cui agli artt. 353 c.p. e art. 640 c.p.; le imputazioni concernevano la produzione di una falsa polizza fideiussoria che si assumeva essere stata prevista dalla disciplina di gara per l’acquisizione dell’azienda “La ***” s.c.a.r.l..

Di conseguenza, ottenuta autorizzazione dal Ministero per le Attività Produttive in data 10.3.2005, il Commissario Liquidatore, dopo aver inviato rituale comunicazione di avvio del procedimento e dopo avere ricevuto le controdeduzioni della *** Sud s.r.l., con provvedimento del 24.3.2005, revocava l’aggiudicazione, ricusando le argomentazioni difensive prospettate e ritenendo che la sussistenza dell’interesse pubblico fosse da individuarsi nella pendenza di un procedimento penale da cui inferirsi la sussistenza di un concreto pericolo che la gara non si fosse svolta in condizioni di trasparenza.

Va specificato che la polizza fideiussoria in questione era stata oggetto di atto di impegno congiunto del 9.1.2001 e posto a garanzia dell’obbligo di riassunzione da parte della *** Sud s.r.l. del personale in mobilità de “La ***” s.c.a.r.l.; tale previsione era stata inserita nel contratto di vendita del 15.1.2001 con impegno a costituire la precitata garanzia entro il 31.1.2001.

La garanzia non era stata tuttavia prestata a causa della richiesta da parte della Compagnia di Assicurazione di ottenere l'estensione dell'obbligazione di manleva ai singoli soci della *** Sud s.r.l.; tale circostanza era stata comunicata il 2.2.2001 al Commissario Liquidatore che, con risposta recante pari data, concedeva una differimento del termine all'8.2.2001. L'intera vicenda poi confluiva nel già richiamato protocollo d'intesa del 21.2.2001.

Avverso il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione e contro l'autorizzazione ministeriale presupposta proponeva ricorso a questo Tribunale Amministrativo Regionale la *** Sud s.r.l. chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari, oltre al risarcimento dei danni.

La ricorrente proponeva vari mezzi di impugnazione, tra cui la violazione del principio di partecipazione, in considerazione del fatto che la comunicazione di avvio del 15.3.2005 era di epoca successiva all'autorizzazione ministeriale alla revoca; inoltre, mancavano i necessari riferimenti al procedimento e comunque il termine di soli sette giorni per controdedurre si manifestava del tutto inadeguato rispetto alla complessità della vicenda.

Contestava ancora parte ricorrente l'illegittimità della revoca per mancanza dei presupposti, sia con riferimento all'inesistenza del potere di provvedere nel caso concreto, essendosi la gara ormai esaurita, sia in quanto la prestazione della invocata garanzia non era più esigibile, oltre al fatto che la mera richiesta di rinvio a giudizio comunque non avrebbe potuto giustificare il grave provvedimento adottato.

Si costituivano in giudizio sia il Commissario Liquidatore che l'Amministrazione statale, chiedendo il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.

Alla camera di consiglio del 23.11.2005, con ordinanza n. 1770/05, il Tribunale accoglieva la domanda cautelare.

Intanto, su istanza del Commissario Liquidatore del 12.9.2005 il Ministero per le Attività Produttive, con nota prot. p/16012975 del 26.9.2005, ritenuto che dalle dichiarazioni rese dal signor Stefano *** nel processo penale a suo carico risultassero confermate le anomalie della procedura di cessione dell'azienda "La ***" s.c.a.r.l., rinnovava l'autorizzazione all'annullamento dell'aggiudicazione; sulla scorta di tale atto, il Commissario Liquidatore, con provvedimento del 29.9.2005, provvedeva in tal senso.

Avverso tali atti la *** Sud s.r.l. proponeva motivi aggiunti di ricorso, previa concessione di misure cautelari, anche in questo caso con domanda risarcitoria.

Denunciava al riguardo la violazione del principio di partecipazione procedimentale, la carenza di motivazione, tenuto anche conto che si trattava di sostanziale reiterazione di un provvedimento già sospeso in sede giurisdizionale, con l'ordinanza di questa Sezione n. 1700/05 di cui veniva anche denunciata l'elusione.

Reiterava inoltre parte ricorrente le medesime censure già proposte avverso il precedente provvedimento di annullamento.

Anche in questo caso si costituivano in giudizio le Amministrazioni resistenti chiedendo il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.

Alla camera di consiglio del 23.11.2005, il Tribunale, con ordinanza 3327/05, accoglieva la domanda cautelare, provvedimento confermato in grado di appello dalla VI Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza 1194/2006 del 7.3.2006.

A seguito del deposito in data 23.11.2005 della nota ministeriale n. P/1601975 del 26.9.2005, parte ricorrente procedeva alla proposizione di motivi aggiunti, sostanzialmente iterativi della precedente impugnazione con cui erano stati gravi i nuovi atti di annullamento.

Intanto, preceduta dall'udienza del 16.12.2005, in data 16.1.2006 il G.U.P. di Napoli depositava sentenza di assoluzione del signor *** per insussistenza del fatto.

All'udienza pubblica del 5.7.2006 la causa veniva trattenuta per la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La *** Sud s.r.l. ha impugnato la nota del 24.3.2005 con cui il Commissario Liquidatore de "La ***" s.c.a.r.l., posta in L.C.A., previa autorizzazione ministeriale (anche questa oggetto di gravame), ha revocato l'aggiudicazione disposta in suo favore per l'acquisto del complesso aziendale della predetta società di vigilanza privata; con motivi aggiunti di ricorso, sono state altresì impuginate la nota del Commissario Liquidatore del 29.9.2005 e la presupposta autorizzazione ministeriale prot. 1601965 del 26.9.2005, con cui è stata reiterata la volontà di annullamento della richiamata aggiudicazione.

Parte ricorrente ha proposto anche domanda per il risarcimento dei danni subiti.

Il ricorso è fondato.

Ambedue i provvedimenti commissariali impugnati, rispetto ai quali gli atti ministeriali gravati si pongono in rapporto di presupposizione, costituiscono esercizio di autotutela decisoria, siccome volti al ritiro di un provvedimento amministrativo di primo grado, qual è l'aggiudicazione della gara disposta in favore della società ricorrente; e che si tratti di una funzione amministrativa è del resto confermato anche dalle ragioni addotte a sostegno della scelta compiuta, individuate in presunte anomalie afferenti la regolarità del procedimento di selezione la cui trasparenza s'intendeva salvaguardare attraverso l'esercizio dello jus poenitendi di diritto pubblico.

Non intende il Collegio soffermarsi sul principio dell'immanenza in capo all'Amministrazione del potere di intervenire in sede di autotutela per emendare vizi della funzione di primo grado; potere che, peraltro, può essere esercitato anche a distanza di tempo rispetto all'adozione del provvedimento da ritirare, purchè sussistano attuali esigenze di tutela dell'interesse pubblico.

Va nel contempo rilevato che l'azione di autotutela è tuttavia volta unicamente alla rimozione di vizi propri dell'attività funzionalizzata, intesa, quindi, come espressione di potere autoritativo, e ciò sia in termini provvedimentali che endoprocedimentali; rispetto ad una azione amministrativa che si ponga al di fuori di tale ambito, gli strumenti di intervento correttivo saranno altri e segnatamente in caso di attività più propriamente di natura privatistica quelli propri in materia di correzione o ritiro della volontà negoziale.

Ora, come correttamente prospettato dalla società ricorrente, sebbene fosse stato astrattamente possibile per il Commissario Liquidatore intervenire sul procedimento di gara in sede di autotutela, ciò avrebbe potuto essere giustificato unicamente in presenza di vizi propri della sola funzione amministrativa esercitata nella sequenza procedimentale; invece, il Commissario, muovendo

dall'erroneo presupposto per cui la mancata prestazione della polizza fideiussoria da parte della *** Sud s.r.l. si fosse tradotta in una violazione della lex specialis di gara ha del tutto illegittimamente proceduto all'annullamento dell'aggiudicazione.

Emerge con solare evidenza dagli atti infatti che l'invocata garanzia era del tutto estranea alle regole del procedimento di selezione che si era concluso con l'aggiudicazione in favore della *** Sud s.r.l.

La prestazione della fideiussione è sorta come obbligo per la ricorrente solo dopo la formale aggiudicazione ed è stata inserita successivamente nel regolamento contrattuale, finendo per costituire una vicenda propria del solo vincolo negoziale e non anche del procedimento di selezione.

Ne consegue che trattandosi di una vicenda relativa alla sola fase di esecuzione del rapporto contrattuale, gli strumenti in possesso del Commissario erano di tutt'altra natura rispetto all'esercizio di un potere di autotutela destinato ad incidere sugli atti di una gara che si era svolta in modo del tutto legittimo.

Del resto, la mancata prestazione della garanzia entro il 31.1.2001 era stata già pattiziamente sanzionata nel contratto di cessione con la possibilità di richiedere unilateralmente la risoluzione del contratto, potere di cui il Commissario non ha ritenuto di avvalersi, anzi sostanzialmente accedendo a un'ipotesi modificativa dell'assetto del regolamento contrattuale attraverso il protocollo del 21.2.2001.

Né i provvedimenti appaiono convincenti sotto il profilo della congruità della motivazione, atteso che il mero rinvio a giudizio in sede penale, per imputazioni da cui il signor *** è stato assolto con formula piena per insussistenza del fatto, in assenza di una autonoma valutazione della effettiva rilevanza ed illegittimità della condotta addebitata, non può costituire valida ragione per annullare in via definitiva una procedura di gara, in realtà svoltasi regolarmente.

Le medesime conclusioni devono ritenersi applicabili anche al provvedimento di annullamento impugnato con i motivi aggiunti e fondato sull'unica nuova circostanza della dichiarazione resa dal signor *** innanzi al Giudice Penale il quale avrebbe ammesso di non aver stipulato la polizza fideiussoria; al riguardo, atteso che si trattava di un sostanziale riesercizio della medesima funzione di autotutela già oggetto di un provvedimento cautelare sfavorevole da parte di questa Sezione, la relativa motivazione avrebbe dovuto essere molto più estesa rispetto alla semplice rilevanza delle dichiarazioni rese dallo ***, circostanza che infatti non elide in alcun modo l'assorbente rilievo per cui non si sarebbe comunque potuto procedere in sede di autotutela all'annullamento dell'aggiudicazione avverso la mancata prestazione della garanzia fideiussoria.

In accoglimento del ricorso devono quindi essere annullati tutti gli atti impugnati.

Non può essere accolta invece la domanda risarcitoria proposta; invero, l'annullamento degli atti impugnati, tra l'altro oggetto di immediata tutela cautelare, consente alla società ricorrente di conservare la propria posizione di aggiudicataria e quindi di legittima acquirente del complesso aziendale, dovendosi ad altre cause, comunque diverse dall'adozione dei gravati provvedimenti, imputare i danni prospettati in sede di ricorso.

Le spese seguono la soccombenza, con condanna delle parti resistenti al pagamento delle stesse in favore della società ricorrente che si liquidano in complessivi €3.000,00 (Tremila/00), da ripartirsi in parti uguali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Prima Sezione

- accoglie il ricorso ed i motivi aggiunti e per l'effetto annulla tutti gli atti impugnati;
- respinge la domanda risarcitoria;
- condanna le parti resistenti al pagamento delle spese processuali in favore della società ricorrente che si liquidano in complessivi €3.000,00(Tremila/00), da ripartirsi in parti uguali.

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

Così deciso in Napoli nella Camera di Consiglio del 5.7.2006 dai Magistrati

Fabio Donadono Presidente

Paolo Corciulo Primo Referendario, estensore

Paolo Severini Primo Referendario

Il Presidente L'Estensore