

È noto che l'attualità e la specificità dell'interesse pubblico ad annullare un provvedimento in autotutela devono essere calibrate in funzione della fase procedimentale in cui esso interviene e, in definitiva, dell'affidamento ingenerato nel privato avvantaggiato dal provvedimento ritirato; in questa prospettiva diverso è l'onere motivazionale richiesto dalla giurisprudenza per procedere all'annullamento degli atti di gara, a seconda della circostanza che sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, ovvero che il procedimento di conclusione della gara non sia giunto completamente a termine: legittimo annullare una gara se non si è tenuto conto della riforma del lavoro attuata con il d. lgs. 276 del 2003

Sulla tutela di un partecipante in caso di annullamento di una procedura ad evidenza pubblica, merita di segnalare il pensiero espresso dal Tar Campania, Napoli con la sentenza numero 5931 del 5 giugno 2007:

<La posizione del privato, nel caso di specie (in cui non si è neanche provveduta all'aggiudicazione provvisoria), è certamente di provvisorietà (o se si vuole di non definitività) nella quale l'affidamento ingenerato nel privato non ha una consistenza significativa rispetto all'interesse pubblico sotteso alla decisione di secondo grado. D'altra parte l'esigenza di operare un bilanciamento degli interessi contrapposti in una valutazione globale della vicenda trova conferma nel dettato dell'art. 21-novies della legge 241 del 1990, a tenore del quale, "il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge".

Sembra dunque che la motivazione adoperata dall'amministrazione a fondamento degli atti in autotutela debba considerarsi prevalente sull'interesse privato alla conservazione dell'atto favorevole, tenuto anche conto del momento in cui è intervenuta il provvedimento in autotutela rispetto alla fase di svolgimento della gara>

Ma non solo

<Giova premettere che la legge 11.2.2005 n. 15, integrativa della legge 7.8.1990 n. 241, ha disciplinato, tra l'altro, gli istituti (auto-annullamento e revoca) che costituiscono esercizio di autotutela, ossia di quel potere generale ed immanente riconosciuto all'Amministrazione "di tornare sui propri passi"; mentre l'annullamento "guarda al passato", nel senso che costituisce un rimedio volto alla rimozione di un errore commesso nell'esercizio della funzione di primo grado e quindi opera in una logica essenzialmente correttiva dell'azione pubblica, la revoca assume una funzione più propriamente adeguatrice, intesa in termini di attualizzazione delle modalità di perseguimento dell'interesse pubblico specifico di cui occorre seguire la costante dinamica evolutiva.

Nel caso di specie, il provvedimento in autotutela ha mirato proprio a correggere un errore (o meglio una lacuna) contenuta nel bando di gara, il quale, già all'epoca della sua pubblicazione, doveva tener conto della normativa in materia di prestazioni lavorative introdotta dal d. lgs. 276 del 2003, per cui non si può dubitare della natura caducatoria dell'atto di secondo grado, il quale evidenzia l'illegittimità ab origine della disciplina di gara.>

A cura di Sonia Lazzini

n. 5931/07 Reg. Sent.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Tribunale Amministrativo Regionale della Campania- Napoli Prima Sezione

composto dai Signori:

Antonio Guida Presidente

Paolo Corciulo Componente

Michele Buonauro Componente est.

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

Visto il ricorso 5404/2006 proposto da:

DITTA ALFA s.r.l., rappresentato e difeso dall' Avv. Lorenzo Lentini ed elettivamente domiciliato in Napoli, via Gramsci n. 16, presso lo studio Abbamonte;

contro

A.S.I.A. (Azienda Servizi Igiene Ambientale), in persona dell'Amministratore Generale, rappresentata e difesa dall'Avv. Enrico Soprano, presso cui domicilia in Napoli, via Melisurgo, 4;

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

- della delibera di annullamento, in autotutela, della gara indetta dall'A.S.I.A. per l'affidamento del servizio di call center con bando del 2.3.2006;
- del provvedimento di cui alla nota 9292 del 29.062006 dio comunicazione del suddetto annullamento;
- del bando di gara, del provvedimento di indizione della gara e di ogni altro atto connesso.

Nonché, con motivi aggiunti

- dei medesimi atti ed in particolare dell'atto di annullamento della gara in oggetto, con il quale la stazione appaltante ha proceduto a bandire una nuova gara per il medesimo servizio.

Visto il ricorso principale, i motivi aggiunti le memorie difensive ed i relativi allegati;

letti tutti gli atti di causa;

relatore alla pubblica udienza del 9 maggio 2007, il ref. Michele Buonauro;

uditi gli avvocati delle parti costituite come da verbale d'udienza;

F A T T O

La società ricorrente ha partecipato ad una gara per l'affidamento del servizio di call center "in bound" indetto dall'A.S.I.A. con bando del 2 marzo 2006, aggiudicandosi provvisoriamente l'appalto con un'offerta di ribasso del 35,88% sulla base d'asta.

Dopo aver espletato la verifica dell'anomalia dell'offerta, la stazione appaltante, riconoscendo che il bando di gara non conteneva alcuna specificazione al riguardo, riteneva l'espletamento della gara non conforme a legge, in quanto consentiva alle offerenti – ed in specie alla aggiudicataria provvisoria - di utilizzare le prestazioni contrattuali secondo il modulo previsto dagli articoli 61 e seguenti del d. lgs. 276 del 2003.

Pertanto l'A.S.I.A. provvedeva ad annullare la gara, e contestualmente a bandire un nuovo appalto con specificazione espressa del divieto di utilizzare i lavoratori cd. a progetto.

Avverso l'atto di annullamento e di riedizione della gara è insorta DITTA ALFA s.r.l., dispiegando ricorso principale e motivi aggiunti, la quale articola le censure di violazione di legge (artt. 7, 10 e 21 quinquies l. 241 del 1990, art. 1355 c.c. e art. 12 delle preleggi), eccesso di potere (difetto di istruttoria, arbitrarietà e sviamento), violazione del contraddittorio procedimentale.

In ogni caso censura l'operato della stazione appaltante poiché doveva provvedere almeno ad indennizzare la ricorrente ai sensi dell'art. 21 quinquies, tenuto conto che l'atto censurato in via principale deve essere ritenuto alla stregua di una revoca provvedimento.

Si è costituita la stazione appaltante amministrazione che conclude per la reiezione del ricorso.

All'udienza di discussione del 9 maggio 2007 la causa veniva trattenuta per la decisione.

M O T I V I D E L L A D E C I S I O N E

La ricorrente, aggiudicataria virtuale del servizio appaltato, si è vista annullare la procedura di gara, essendo emerso, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta che la stessa si sarebbe avvalsa, per la prestazione lavorativa, di lavoratori cd. a progetto, cioè assunti secondo il peculiare modulo disciplinato dagli artt. 61 e 62 del d. lgs. 276 del 2003.

In particolare il bando di gara, il quale ha previsto che il servizio fosse di risposta alle chiamate dell'utenza per il periodo di tempo fissato dalla lex specialis (cd. call center "in bound"), non ha esplicitato alcun limite all'utilizzo delle prestazioni lavorative speciali previste dalla legge Biagi (d.lgs. 276 del 2003). Questa lacunosità del bando di gara ha indotta la stazione appaltante all'annullamento in via di autotutela dell'intera procedura.

Merita priorità la disamina della censura relativa all'assenza di un interesse pubblico specifico (ulteriore rispetto al mero ripristino della legalità violata), che, secondo noti orientamenti giurisprudenziali deve assistere la decisione di annullamento in autotutela.

Ed invero sul punto il provvedimento impugnato in via principale (pedissequamente seguito dall'altro impugnato con motivi aggiunti) precisa che l'amministrazione ha interesse a non aggiudicare l'appalto di servizi in contrasto con la normativa in tema di disciplina della tipologie delle prestazioni lavorative, come chiarita con la circolare ministeriale 17/2006, secondo cui non può essere consentito l'utilizzo di lavoratori a progetto laddove la prestazione dedotta nel contratto di appalto - come nel caso di specie - sia diretta ad una generica prestazione di servizio, potendosi far luogo a tale strumento solo in presenza di uno specifico progetto dotato di autonomia rispetto alla ordinaria attività lavorativa dell'impresa.

L'interesse pubblico evidenziato appare sufficiente a sostenere gli atti di secondo grado impugnati, attesa la peculiarità della fattispecie procedimentale oggetto di annullamento.

È noto che l'attualità e la specificità dell'interesse pubblico ad annullare un provvedimento in autotutela devono essere calibrate in funzione della fase procedimentale in cui esso interviene e, in definitiva, dell'affidamento ingenerato nel privato avvantaggiato dal provvedimento ritirato. In questa prospettiva diverso è l'onere motivazionale richiesto dalla giurisprudenza per procedere all'annullamento degli atti di gara, a seconda della circostanza che sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, ovvero che il procedimento di conclusione della gara non sia giunto completamente a termine.

La posizione del privato, nel caso di specie (in cui non si è neanche provveduta all'aggiudicazione provvisoria), è certamente di provvisorietà (o se si vuole di non definitività) nella quale l'affidamento ingenerato nel privato non ha una consistenza significativa rispetto all'interesse pubblico sotteso alla decisione di secondo grado. D'altra parte l'esigenza di operare un bilanciamento degli interessi contrapposti in una valutazione globale della vicenda trova conferma nel dettato dell'art. 21-novies della legge 241 del 1990, a tenore del quale, "il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge".

Sembra dunque che la motivazione adoperata dall'amministrazione a fondamento degli atti in autotutela debba considerarsi prevalente sull'interesse privato alla conservazione dell'atto favorevole, tenuto anche conto del momento in cui è intervenuta il provvedimento in autotutela rispetto alla fase di svolgimento della gara.

Con queste precisazioni, può passarsi all'esame della legittimità dei presupposti dell'annullamento gravato. Il Collegio è chiamato a verificare la effettiva sussistenza dei vizi riscontrati motu proprio dall'amministrazione, e, nel caso positivo, la loro esatta qualificazione.

In questa prospettiva va rilevato che il bando di gara, per la novità della questione (la quale ha richiesto un approfondimento mediante una circolare ministeriale illustrativa della riforma Biagi), non conteneva alcuna limitazione all'utilizzo di lavoratori a progetto, con la conseguenza che la base d'asta ne è risultata sottostimata e che si è consentita la partecipazione di offerte basate su una analisi dei costi riferita a lavoratori non organicamente inseriti nell'impresa (e quindi meno onerosi dei lavoratori a tempo indeterminato).

Non vi è dubbio che lo spirito della riforma del lavoro attuata con il d. lgs. 276 del 2003 miri a consentire un più ampio margine di flessibilità alle imprese, mediante l'adozione di tipologie contrattuali innovative e più snelle; tuttavia tali strumenti, come stabilito dalla legge e ribadito correttamente dalla circolare ministeriale 17/06, devono trovare adeguata giustificazione in una

situazione di fatto che dimostri la congruenza fra la scelta del prestatore di lavoro e la prestazione dedotta in contratto. In particolare, nel caso dei lavoratori cd. a progetto, la situazione di fatto legittimante è data dall'esistenza di un programma specifico (il progetto) che si discosta, per autonomia e funzione, dall'ordinaria prestazione lavorativa resa dall'impresa.

Così nel caso di servizio di call center da espletarsi "in bound" (cioè senza riferimento ad un particolare utilizzo del servizio telefonico, ma come centro di raccolta della chiamate dell'utenza), non si ravvede quella specifica autonomia e funzione che potrebbe legittimare l'utilizzo dello strumento contrattuale disciplinato degli artt. 61 e 62 del d. lgs. 276 del 2003.

Pertanto il provvedimento di secondo grado gravato dal ricorrente appare sostenuto da congrui elementi motivazionali, che lo rendono immune dai vizi denunziati con il ricorso principale e con i motivi aggiunti.

Infine occorre chiarire, in punto di qualificazione giuridica, la natura dell'atto gravato. Ed invero, secondo l'ipotesi di parte ricorrente, il provvedimento di secondo grado sarebbe una revoca, posto che la eliminazione della gara è collegata a sopravvenute esigenze di interesse pubblico, con la conseguenza che la stazione appaltante dovrebbe indennizzare l'aggiudicataria virtuale ai sensi dell'art. 21 quinquies della legge sul procedimento amministrativo.

Giova premettere che la legge 11.2.2005 n. 15, integrativa della legge 7.8.1990 n. 241, ha disciplinato, tra l'altro, gli istituti (auto-annullamento e revoca) che costituiscono esercizio di autotutela, ossia di quel potere generale ed immanente riconosciuto all'Amministrazione "di tornare sui propri passi"; mentre l'annullamento "guarda al passato", nel senso che costituisce un rimedio volto alla rimozione di un errore commesso nell'esercizio della funzione di primo grado e quindi opera in una logica essenzialmente correttiva dell'azione pubblica, la revoca assume una funzione più propriamente adeguatrice, intesa in termini di attualizzazione delle modalità di perseguimento dell'interesse pubblico specifico di cui occorre seguire la costante dinamica evolutiva.

Nel caso di specie, il provvedimento in autotutela ha mirato proprio a correggere un errore (o meglio una lacuna) contenuta nel bando di gara, il quale, già all'epoca della sua pubblicazione, doveva tener conto della normativa in materia di prestazioni lavorative introdotta dal d. lgs. 276 del 2003, per cui non si può dubitare della natura caducatoria dell'atto di secondo grado, il quale evidenzia l'illegittimità ab origine della disciplina di gara.

Le considerazioni esposte comportano la reiezione del ricorso principale e dei motivi aggiunti.

Le spese processuali possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Prima Sezione di Napoli, rigetta il ricorso epigrafato. Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli, nella Camera di Consiglio del 09 e 15 maggio 2007.

Antonio Guida

Presidente

Michele Buonauro Estensore