

Il Consiglio di Stato sull'inapplicabilità delle sanzioni ex art. 123 c.p.a. per violazione della clausola di "stand still"

di Lucio Scotti

Data di pubblicazione: 9-7-2013

Consiglio di Stato, Sez. III, 3 luglio 2013, n. 3568

Presidente Cirillo; Estensore Polito

La sussistenza di oggettive ragioni di urgenza può determinare il venir meno delle condizioni per l'irrogazione della sanzione di cui all'art. 123 c.p.a. nonché consentire, ai sensi dell'art. 11, comma 9 del d.lgs. n. 163 del 2006, e successive modificazioni, la deroga al periodo di "stand still", purché la stessa sia puntualmente motivata alla luce della natura essenziale del servizio e delle specifiche finalità di interesse pubblico perseguite dalla pubblica amministrazione.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8804 del 2012, proposto dall'Azienda Ospedaliera di Cosenza, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo De Stefano, con domicilio eletto presso Studio Stajano Caputi Giovanni in Roma, via Sardegna, n. 14;

contro

Carestream Health Italia s.r.l., in proprio e quale capogruppo dello r.t.i. con la ditta Medicalray, non costituitasi in giudizio;

nei confronti di

- Agfa-Gevaert s.p.a., in proprio e quale capogruppo dello r.t.i. con l'impresa Edilminniti di Giovanni Minniti, non costituitasi in giudizio;

- Fujifilm Italia s.p.a, non costituitasi in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO :SEZIONE II n. 00740/2012, resa tra le parti, nella parte relativa all'applicazione della sanzione prevista dall'art. 123 cod. proc. amm.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2013 il consigliere Bruno Rosario Polito e uditi per l'appellante l'avvocato Moravia per delega di De Stefano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto avanti al T.A.R. per la Calabria, sede di Catanzaro, la Carestream Health Italia s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo r.t.i. con la ditta Medicalrey, impugnava, per dedotti motivi di violazione di legge ed eccesso di potere in diversi profili, la delibera n. 338 del 25 marzo 2011 del Commissario Straordinario dell'Azienda Ospedaliera di Cosenza, nonché gli atti di gara anteriori e successivi comunque collegati e connessi, relativi all'aggiudicazione in favore di AGFA – Gavaert s.p.a. della *licitazione privata per l'acquisizione in service di sistemi digitali per la gestione di immagini diagnostiche radiologiche e la fornitura del relativo materiale di consumo per le UU.OO.CC. dell'Azienda, nonché eventuali opere murarie per anni cinque, per una spesa complessiva di € 4.500.000,00 oltre IVA.*

Con sentenza n. 740 del 2012 il T.A.R. adito accoglieva il ricorso incidentale proposto dalla soc. AGFA – Gavaert - con il quale era stata dedotta l'irregolarità della domanda di partecipazione presentata dalla ricorrente principale nella parte relativa al possesso dei requisiti di qualificazione, in particolare, di quelli indicati agli artt. 41 (comma 1 lett. c) e 42 (comma 1 lett. a - f- g- h - l- m) del d.lgs. n. 163/2006 – ed in conseguenza dichiarava l'inammissibilità per difetto di legittimazione all'impugnativa del ricorso principale proposto dalla soc. Carestream Health Italia.

Contestualmente il T.A.R. irrogava nei confronti della stazione appaltante, ai sensi, dell'art. 123 cod. proc. amm., la sanzione pecuniaria pari al valore dell' 1 % del corrispettivo di aggiudicazione del contratto per violazione del divieto stabilito dall' art. 11 *ter* del d.lgs. n. 163 del 2006 di stipulare il contratto "*dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla*

stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva".

Avverso il su riferito capo della sentenza ha proposto ricorso l' Azienda Ospedaliera di Cosenza e ne ha chiesto l'annullamento per i seguenti motivi:

a) l'accoglimento dell'impugnativa proposta in via incidentale e la conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso principale comporta l'effetto preclusivo di ogni altra domanda nel merito formulata nell'atto introduttivo del giudizio;

b) non è stata assicurata ad iniziativa del T.A.R. la fase di contraddittorio, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 73 e 123 cod. proc. amm.

c) sussistevano ragioni di urgenza per l'immediata stipula del contratto, teso a garantire la continuità del servizio relativo ai sistemi digitalizzati e di gestione delle immagini diagnostiche, avente carattere essenziale nella cura di gravi patologie. Dette ragioni di urgenza, ai sensi dell'art. 11, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, e successive modificazioni, consentono di derogare al periodo di *standstill*, tenuto conto della natura essenziale del servizio e delle specifiche finalità di interesse pubblico perseguite;

d). in violazione della regola della soccombenza ed in difetto di motivazione il primo giudice ha disposto al compensazione delle spese del giudizio fra le parti.

Le società intimare non si sono costituite in giudizio.

All'udienza del 15 marzo 2013 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

2. Quanto al motivo sub. a) le sanzioni alternative previste dall'art. 123 cod. proc. amm. sono applicate d'ufficio dal giudice amministrativo in relazione al verificarsi sul piano oggettivo dei presupposti di legge (nella specie si addebita all' Amministrazione la stipula del contratto durante il periodo di *standstill* previsto dall'art. 11, comma 10 ter, del d.lgs. n. 163 del 2006 per effetto della proposizione del ricorso principale con contestuale richiesta di misura cautelare), indipendentemente dal successivo esito del ricorso in merito alla sussistenza delle condizioni di legittimazione alla domanda di annullamento.

2.1. In ordine alla mancata osservanza della regola del contraddittorio la decisione impugnata dà atto che della questione sono state rese edotte le parti ai sensi dell'art. 73, comma 3, cod. proc. amm., secondo quanto prescritto dal successivo art. 123, comma 2.

Sul punto questa Sezione con ordinanza n. 1836 del 2013 ha disposto istruttoria ai fini dell'acquisizione del verbale di udienza.

L'incombente non è stato assolto entro il termine assegnato e, pertanto, il gravame va deciso allo stato degli atti.

2.3. Ciò posto il Collegio reputa che possa accedersi alla tesi della ricorrente Amministrazione in base alla quale sussisteva la causa esonerativa dall'osservanza dello *standstill* secondo quale prevista dall'art. 11, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, e successive modificazioni,

in presenza di grave danno all'interesse pubblico per la mancata erogazione della prestazione oggetto di gara.

Non è, invero, in discussione il carattere essenziale delle prestazioni di radio diagnostica per la cura di specifiche e gravi patologie, da erogarsi nei confronti dell'utenza in via continuativa e stabile del tempo.

Quanto precede è, inoltre, avvalorato dalla circostanza dell'esito negativo delle domande cautelari presentate dalla società ricorrente in via principale.

Si versa, quindi, a fronte di una causa che giustifica l'immediata stipula del contratto, venendo così meno i presupposti per l'irrogazione della sanzione prevista dall'art. 123 cod. proc. amm., in presenza di prestazioni di carattere essenziale per l'erogazione di servizi di assistenza e di cura non procrastinabili nel tempo.

4. Quanto alla doglianza che investe la mancata liquidazione delle spese del giudizio a fronte della soccombenza dell'a.t.i. ricorrente in prime cure deve ribadirsi, come da concorde giurisprudenza, la più ampia discrezionalità del giudice del merito di ripartire fra le parti l'onere delle spese sostenute per la partecipazione al giudizio, salvo un controllo estrinseco in sede di appello in ordine alla corretta applicazione dei canoni di ragionevolezza e di proporzionalità, che nella specie, in relazione all'effettivo svolgimento del giudizio e della peculiarità della materia oggetto del contendere, non si configurano violati.

4.1. Nessuna determinazione è adottata in ordine a spese ed onorari, trattandosi di fase di giudizio che non implica posizioni di contraddittore necessario.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla la sentenza impugnata nella parte in cui ha inflitto la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 123 cod. proc. amm.

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

E' stata deferita alla *cognitio* dei Giudici di Palazzo Spada una controversa procedura di licitazione privata, avente ad oggetto un contratto di radio-diagnostica in favore dell'utenza pubblica. Nella sentenza in commento, il Collegio giudicante opera un *revirement* rispetto al *decisum* di *prime cure*, ritenendo non applicabile, in capo alla stazione appaltante, la sanzione ex art. 123 c.p.a., prevista per la mancata osservanza della clausola di "*stand still*", giacché la deroga risultava determinata da obiettive ragioni di urgenza che hanno reso indifferibile la stipula del contratto *de quo*.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Il Consiglio di Stato muove la propria indagine dalla disamina dei **presupposti per l'irrogazione delle sanzioni alternative ex art. 123 c.p.a.**, previste in ipotesi di violazioni nella procedura non così gravi da giustificare la dichiarazione d'inefficacia del contratto.

In primis, rileva che le predette sanzioni sono **disposte ex officio** qualora ricorrano i presupposti di legge, ivi costituiti dalla **violazione del c.d. "stand still period"**. A tal proposito, l'**art. 11, comma 10 ter, d.lgs. n. 163/2006** prevede, in caso di ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il divieto di stipulare il contratto nei 20 giorni successivi alla presentazione di un ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale richiesta di misura cautelare. Come rilevato *ex professo* dal Collegio giudicante, ai fini dell'applicazione delle sanzioni non riveste alcuna rilevanza il successivo esito del ricorso.

In seconda battuta, pur essendo pacifica l'inottemperanza del termine dilatorio da parte della stazione appaltante, ravvisa tuttavia, nel caso *de quo*, la sussistenza di una **causa esonerativa dall'osservanza dello "stand still"**. Difatti, l'**art. 11, comma 9, d.lgs. n. 163/2006** ammette l'esecuzione di urgenza "*nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare [...]*". Considerato il carattere essenziale delle prestazioni oggetto di licitazione privata, finalizzate all'esercizio del servizio pubblico sanitario, ravvisa nella dilatoria erogazione delle medesime una obiettiva ragione di urgenza tale da giustificare l'immediata stipula del contratto (ai sensi del già citato art. 11, comma 10 *ter*) e determinare il venir meno dei presupposti per l'irrogazione delle sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a. (nella specie, era stata comminata in primo grado una sanzione pecuniaria pari al valore dell'1% del corrispettivo di aggiudicazione del contratto).

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

De iure condito, la decisione annotata appare alquanto scontata ed ineccepibile.

Dalla disamina del *layout* normativo emerge chiaramente la volontà del legislatore italiano di privilegiare, nelle ipotesi in cui siano coinvolti interessi pubblici, la celerità nella conclusione del contratto. E' certamente indiscutibile il carattere essenziale delle prestazioni di radio diagnostica per la cura di specifiche e gravi patologie, nonché la necessità imminente di garantire una erogazione regolare delle stesse in favore dell'utenza pubblica. Inoltre, va rilevato che, nel caso di specie, i giudici di *prime cure* avevano respinto l'istanza cautelare presentate dalla società ricorrente, con conseguente applicazione della causa giustificativa ex art. 11, comma 10 *ter*, d.lgs. n. 163/2006, legittimante la stazione appaltante alla stipula immediata del contratto in oggetto.

Tale *favor* appare, tuttavia, poco in linea con la disciplina comunitaria.

Va soggiunto, infatti, che il termine dilatorio di sospensione della stipula del contratto, già previsto nel Codice dei contratti pubblici, è stato introdotto in maniera più incisiva attraverso la legge delega n. 88 del 2009, la quale costituisce il recepimento, a livello positivo interno, della c.d. "direttiva ricorsi" (direttiva n. 66 del 2007). La *ratio* dello "*stand still*" è costituita da una finalità protettiva dei diritti dei soggetti lesi da un illegittimo provvedimento di aggiudicazione a che le rispettive domande giudiziali possano essere vagliate, seppur in fase cautelare, quando ancora sia materialmente possibile un'immediata ed effettiva tutela delle loro posizioni giuridiche. A tal riguardo, è stato introdotto, successivamente all'aggiudicazione della gara, un periodo di sospensione della stipula del contratto, con correlative sanzioni in caso di violazione dell'obbligo *de quo*. Tuttavia, l'infelice formulazione adottata dal legislatore italiano, che, nel prevedere la deroga di cui all'art. 11, comma 9, d.lgs. n. 163/2006, si limita a far riferimento alla nozione "elastica" di danno grave al pubblico interesse, sembrerebbe non conforme alla disciplina comunitaria, che indica *expressis verbis* le tassative ed eccezionali situazioni in cui è

ammessa la deroga allo “*stand still*”. In altri termini, il legislatore italiano, prevedendo la possibilità di stipula immediata del contratto o di esecuzione d’urgenza prima della sua stipula, sarebbe incorso in un vizio di eccesso di delega. Potrebbe, pertanto, profilarsi in futuro una pronuncia dalla Corte di Giustizia, investita in via pregiudiziale da un giudice nazionale, con esiti non affatto scontati.

Infine, un ulteriore profilo di criticità derivante dal suesposto *substratum* normativo concernerebbe una ipotizzabile *deminutio* della certezza dei rapporti giuridici tra le parti. Difatti, la prassi delle stazioni appaltanti di procedere, in presenza di un preponderante interesse pubblico, ad un’immediata sottoscrizione del contratto dopo l’aggiudicazione o tra la fase di presentazione del ricorso e la decisione dell’organo giurisdizionale adito, potrebbe costituire un deterrente all’esperimento dei mezzi di tutela, stante la obiettiva difficoltà, anche nel caso di conclusione positiva, a poter ottenere l’aggiudicazione del contratto, in quanto l’esecuzione d’urgenza assicurerebbe l’esecuzione della prestazione, con contestuale venir meno dell’interesse della pubblica amministrazione a conseguirla una seconda volta dal concorrente che è stato dichiarato vincitore soltanto a seguito di un giudizio.

In conclusione, appare certamente auspicabile un intervento *de iure condendo* del legislatore italiano volto a circoscrivere puntualmente le ragioni di particolare urgenza che determinerebbero una deroga all’effetto sospensivo determinato dalla clausola di “*stand still*”, in un’ottica deterrente e, al contempo, maggiormente orientata verso i canoni solidaristici di cui all’art. 2 Cost.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

F. Bartolini, *Codice Amministrativo*, CELT CasaEditriceLaTribuna, 2012.

Per una panoramica dell’istituto, si veda: S. Napolitano, *L’effetto sospensivo della stipula del contratto pubblico (la c.d. clausola di “stand still”)*, *Gazzetta Amministrativa*, Num. 1, 2011.