

N. 02671/2015REG.PROV.COLL.

N. 00326/2015 REG.RIC.



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 326 del 2015, proposto dall'Azienda Sanitaria Locale N. 8 di Cagliari, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Sergio Segneri, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, Via Portuense, 104;

contro

Società Pegaso s.r.l. Servizi Fiduciari in persona del legale rappresentante in proprio e in qualità di *mandataria* dell'associazione temporanea d'impresе (a.t.i.) con la società Sistemi di Sicurezza s.r.l. in persona del legale rappresentante in proprio e quale *mandante* della predetta costituita a.t.i., rappresentati e difesi dall'avv. Antonio Scuderi, con domicilio eletto presso l'Avv. Antonio Brancaccio in Roma, Via Taranto, 18;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA – CAGLIARI, SEZIONE I, n.797/2014 del'11.6.2014, depositata il 24.10.2014, resa tra le parti nel ricorso RG n.326/2015.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'a.t.i. appallata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Nominato Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 marzo 2015 il Cons. Avv. Carlo Modica de Mohac e uditi per le parti gli Avvocati Sergio Segneri ed Antonio Scuderi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I. Nell'anno 2009, nell'ambito del processo di razionalizzazione degli approvvigionamenti promosso dalla Regione Sardegna, la A.S.L. n.8 di Cagliari (in prosieguo denominata semplicemente A.S.L.) e l'Azienda Ospedaliera

Universitaria di Cagliari (di seguito semplicemente Azienda Universitaria, ovvero A.O.U.), decidevano di procedere *congiuntamente* all'acquisto di vari beni e servizi.

Nel quadro di tale intesa, con deliberazione n.1233/2009 la A.S.L. *delegava* l'Azienda Universitaria ad espletare la gara per l'affidamento dei *"servizi di portierato, custodia e facchinaggio"*.

In vista della definizione della disciplina di gara, la A.S.L. chiedeva espressamente all'Azienda Universitaria di inserire nel Capitolato Speciale d'Appalto la c.d. "clausola sociale" di cui all'art.4 del *"CCNL 19.12.2007 per il personale dipendente da imprese di servizi integrati e multiservizi"*, finalizzata a garantire la continuità dei rapporti di lavoro del personale già adibito al medesimo servizio (mantenendo i medesimi livelli occupazionali e retributivi).

Con delibera n.196 del 27.2.2012 l'Azienda Universitaria bandiva la gara d'appalto per l'affidamento, per un triennio (con opzione di rinnovo per un ulteriore anno) del servizio da aggiudicare in due lotti distinti con il criterio del prezzo più basso (inferiore a quello a base d'asta) ai sensi dell'art.82 del D.Lgs. n.163 del 2006, da calcolare tenendo conto delle disposizioni in materia di trattamento economico previste dal già citato *"CCNL per servizi integrati e multiservizi"*.

L'approvato Capitolato Speciale d'Appalto (d'ora innanzi denominato anche CSA), oltre ad indicare le prestazioni e le postazioni da occupare, l'orario da rispettare in ciascuna di esse ed il numero incompressibile di ore di servizio, all'art.17 stabiliva l'impegno per la ditta aggiudicataria di osservare le disposizioni in materia di c.d. *salvaguardia occupazionale* previste dal già più volte citato CCNL 19.12.2007 (e successive modifiche ed integrazioni).

L'art.18 del CSA prescriveva, inoltre, che la ditta aggiudicataria avrebbe dovuto impegnarsi ad assumere la forza lavoro già impiegata nello svolgimento del medesimo servizio, e ciò "secondo quanto previsto dall'art.4 del CCNL del 19.12.2007".

Alla gara partecipavano ventitre ditte, compresa l'a.t.i. tra la società Pegaso Servizi Fiduciari s.r.l. e la società Sistemi di Sicurezza s.r.l. (d'ora innanzi "ATI Pegaso") che, in conformità a quanto previsto dal Bando, allegava alla sua offerta il Capitolato Speciale d'Appalto debitamente sottoscritto "per accettazione", nonché la "dichiarazione d'impegno" ad assumere la forza lavoro impiegata nello svolgimento dello stesso servizio.

In esito alla gara risultavano aggiudicatarie del servizio la società Cenza s.r.l. per il lotto n.1, e l'ATI Pegaso per il lotto n.2.

Le relative offerte, sospette di anomalia, venivano sottoposte a verifica di congruità.

In tale occasione l'ATI Pegaso - rivendicando, in buona sostanza, la libertà di scelta del CCNL da applicare ai lavoratori, fermo restando l'obbligo a suo carico di garantire i livelli occupazionali e retributivi (in conformità alla c.d. "clausola sociale" di cui all'art.4 del "CCNL 19.12.2007) - dichiarava che avrebbe applicato al personale da adibire al servizio, il *"CCNL per i dipendenti da proprietari di fabbricati privati"*.

Nelle sue giustificazioni (fornite in sede di sub-procedimento volto alla verifica della eventuale anomalia dell'offerta), l'ATI Pegaso precisava che avrebbe garantito al personale il mantenimento del trattamento economico dallo stesso già goduto; e ciò mediante il riconoscimento di un c.d. "superminimo". In base al contratto per i portieri di edifici privati, tale personale avrebbe dovuto - però - prestare servizio per quarantacinque ore settimanali (anziché per le quaranta ore previste dal "CCNL per servizi integrati e multiservizi").

L'Azienda Universitaria riteneva valide tali giustificazioni e con deliberazione n.72 del 24.1.2013 pronunciava l'aggiudicazione del lotto n.2 in favore dell'ATI Pegaso; mentre per il lotto n.1 dichiarava aggiudicataria la società Cenza s.r.l. (la quale aveva previsto - contrariamente a quanto fatto dall'ATI Pegaso per il lotto n.2 - di applicare "CCNL per servizi integrati e multiservizi").

Conseguentemente, con nota del 18.6.2013 l'Azienda Universitaria comunicava alla A.S.L. di aver aggiudicato il Lotto n.2 all'ATI Pegaso.

Con deliberazione n.1333 del 25.7.2013 la A.S.L. ne prendeva atto.

Sicchè, con note del 20.9.2013 e del 18.12.2013 l'ATI Pegaso trasmetteva alla A.S.L. la documentazione (atti di gara) occorrente per la stipula del contratto.

Solamente a seguito dell'acquisizione di tale documentazione, il personale veniva a conoscenza dell'intenzione dell'ATI Pegaso di applicare il *CCNL per i portieri dipendenti da proprietari di fabbricati*.

E poiché ad avviso delle Organizzazioni Sindacali tale CCNL prevede un trattamento meno favorevole, le stesse preannunziavano la proclamazione dello stato di agitazione.

A questo punto, con nota del 7.1.2014 la ASL *sospendeva* la stipula del contratto (e del procedimento ad esso rivolta) e chiedeva alla Direzione Territoriale del Lavoro del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali se ritenesse legittima l'applicazione, da parte dell'aggiudicataria ATI Pegaso, del CCNL per i portieri dipendenti da proprietari di fabbricati.

La Direzione si pronunciava con nota prot. 1685 del 14.1.2014 rilevando che il servizio di portierato da svolgere presso le Aziende Sanitarie differisce notevolmente, per struttura e contenuti, da quello svolto dai portieri di stabili privati.

Con nota del 21.1.2014 la ASL trasmetteva il predetto parere all'Azienda Universitaria chiedendole se, alla luce delle considerazioni in esso contenute, intendesse ritirare in autotutela l'aggiudicazione del Lott n.2 all'ATI Pegaso.

Ma l'Azienda Universitaria rispondeva che riteneva che le mansioni richieste nella gara d'appalto fossero del tutto analoghe a quella previste nel CCNL per i portieri di fabbricati privati che l'impresa aggiudicataria si era impegnata a rispettare; e che pertanto non occorre, a suo avviso, adottare alcun provvedimento di ritiro.

Infine, con lettera del 31.1.2014 (pervenuta il 7.2.2014) l'ATI Pegaso invitava la ASL a procedere - in esecuzione del provvedimento di aggiudicazione - alla stipula del contratto, precisando che *"quantunque il CCNL applicato dalle società fosse quello relativo ai dipendenti da proprietari di fabbricati, nel caso specifico del servizio messo a gara l'offerta era stata determinata applicando proprio i trattamenti economico-normativi previsti dal CCNL multi-servizi"*.

Alla luce di questa 'precisazione', con p.e.c. del 17.2.2014, l'Ufficiale rogante della ASL trasmetteva all'ATI Pegaso lo schema di contratto.

In esso il predetto Ufficiale Rogante riteneva di inserire - in funzione di garanzia ed a suggello di quanto 'precisato' dall'ATI Pegaso - una clausola (all'art.12.2.) in forza della quale il Fornitore si obbligava ad applicare le condizioni normative e retributive risultanti dai *"Contratti Collettivi Nazionali ed integrativi di Lavoro per il personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizie e servizi integrati e multi-servizi"* (afferenti il servizio affidato in appalto).

L'ATI Pegaso non dava, però, riscontro alla nota dell'ASL.

II. Proponeva, invece, ricorso innanzi al TAR Sardegna chiedendo l'annullamento di tutti gli atti e provvedimenti volti ad obbligarla ad inserire nel contratto la clausola in questione e/o ad applicare il CCNL in essa menzionato, nonché di quelli volti a sospendere la stipula del contratto in conseguenza dell'aggiudicazione pronunciata in suo favore ed a prorogare l'appalto in favore del precedente aggiudicatario.

In particolare chiedeva l'annullamento: della nota prot. PG/2014/7224 del 21.1.2014 del Direttore Generale dell'ASL Cagliari, avente ad oggetto la sospensione della stipula del contratto; della nota p.e.c. del 17.2.2014 con cui l'A.S.L. di Cagliari aveva trasmesso lo schema di contratto contenente la clausola in questione; della nota contenente il parere del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali; del provvedimento di proroga del servizio in favore della precedente aggiudicataria; e di ogni atto presupposto.

Lamentava, al riguardo:

- 1) violazione dell'art.11, comma 9, del D.Lgs. n.163 del 2006 e dell'art.2 della L. n.241 del 1990, nonché eccesso di potere per violazione del Capitolato Speciale di gara e del principio di buona amministrazione e concorrenza, e per travisamento dei fatti e carenza di motivazione, deducendo che l'Amministrazione aveva (ed ha) l'obbligo di concludere il contratto *entro e non oltre sessanta giorni dall'aggiudicazione*; e che pertanto illegittimamente ha sospeso il procedimento e lo ha protratto oltre tale termine;
- 2) violazione degli artt. 11 e 12 del D.Lgs. n.163 del 2006 e dell'art.2 della L. n.241 del 1990, nonché eccesso di potere per violazione del Capitolato Speciale di gara e del principio di buona amministrazione e concorrenza, e per travisamento dei fatti e carenza di motivazione, deducendo che la sospensione della stipula del contratto è illegittima anche perché effettuata "sine die";
- 3) violazione degli artt. 11 e 12 del D.Lgs. n.163 del 2006 e dell'art.2 della L. n.241 del 1990, nonché eccesso di potere per violazione del Capitolato Speciale di gara e del principio di buona amministrazione e concorrenza, e per travisamento dei fatti e carenza di motivazione, deducendo che la competenza della A.S.L. era limitata all'adozione dei soli atti relativi alla stipula del contratto e che pertanto quest'ultima non aveva alcun potere di sindacare atti e provvedimenti adottati nell'ambito del procedimento di aggiudicazione;

- 4) violazione degli artt. 11 e 12 del D.Lgs. n.163 del 2006 e dell'art.2 della L. n.241 del 1990, nonché eccesso di potere per violazione del Capitolato Speciale di gara e del principio di buona amministrazione e concorrenza, e per travisamento dei fatti e carenza di motivazione, deducendo che in sede procedimentale Essa (ATI Pegaso) aveva garantito l'applicazione dei trattamenti minimi, nonché la tutela del mantenimento dei livelli occupazionali, sicché illogicamente ed immotivatamente la A.S.L. si era determinata nel senso di sospendere la stipula del contratto e di chiedere il parere al Ministero del Lavoro;
- 5) eccesso di potere per violazione del Capitolato Speciale di gara nonché per carenza di istruttoria, di presupposti e di motivazione e per "perplexità", deducendo che la trasmissione da parte dell'Ufficiale rogante dello schema di contratto si pone in contrasto con il precedente provvedimento di sospensione del procedimento (volto alla stipula del contratto);
- 6) violazione degli artt.11 ed 86 e seguenti del D.Lgs. n.163 del 2006, dell'art.2 della L. n.241 del 1990, nonché eccesso di potere per violazione del Capitolato Speciale di gara, del principio di buona amministrazione e del giusto procedimento, nonché per travisamento dei fatti e carenza di motivazione, deducendo che illegittimamente l'Ufficiale Rogante - e dunque la stessa A.S.L. per cui conto Egli agiva - ha proceduto alla unilaterale modifica del precedente schema di contratto, aggiungendo la clausola mirante ad obbligare l'aggiudicataria ad applicare il c.d. "CCNL Multiservizi";
- 7) violazione degli artt. 2 ed 11 del D.Lgs. n.163 del 2006 e dell'art.2 della L. n.241 del 1990, nonché eccesso di potere per violazione del Capitolato Speciale di gara e del principio di buona amministrazione e concorrenza, e per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti e carenza di motivazione, deducendo che con la proposta modifica - si riporta testualmente - *"l'A.S.L. finisce col pretendere di esercitare il potere di stabilire quale si il contratto collettivo che un datore di lavoro deve applicare"*;
- 8) violazione degli artt.11 e segg. Del D.Lgs. n.163 del 2006 ed eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, nonché incompetenza, deducendo che la A.S.L. di Cagliari - si riporta ancora testualmente - *"è assolutamente incompetente a disporre modifiche contrattuali della specie di quelle individuate nella nota pec dell'Ufficiale Rogante"*;
- 9) violazione dell'art.39 del D.Lgs. n.276 del 2003 e del Capitolato Speciale di gara, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di presupposti e difetto di motivazione, deducendo che per il mantenimento dei livelli occupazionali (in conformità all'art.4 del c.d "CCNL multi/servizi"), *"non vi è bisogno che si applichi uno specifico contratto collettivo, come da ultimo richiesto dall'Ufficiale Rogante"*, e che la scelta di applicare il CCNL per i proprietari di fabbricati privati - oggetto di insindacabile scelta discrezionale - non incide sui livelli occupazionali; sicché illegittimamente la ASL ha preteso di stabilire quale CCNL dovesse applicarsi;
- 10) violazione dell'art.11, comma 9, del D.Lgs. n.163 del 2006 e dell'art.2 della L. n.241 del 1990, ed eccesso di potere di potere per violazione del Capitolato Speciale di gara nonché per carenza di istruttoria, di presupposti e di motivazione e per "perplexità", deducendo la trasmissione da parte dell'Ufficiale rogante dell'ultimo e definitivo schema di contratto si pone in ulteriore contrasto con il precedente provvedimento di sospensione del procedimento (volto alla stipula del contratto).

La ASL si costituiva eccependo l'inammissibilità e comunque l'infondatezza del ricorso.

Si costituiva anche il Ministero del Lavoro ed delle Politiche Sociali per chiedere il rigetto del ricorso.

Nel frattempo - e dunque in pendenza del giudizio - con nota del 21.5.2014 (trasmessa a mezzo p,e,c.), la ASL sollecitava l'ATI Pegaso a far pervenir, entro dieci giorni, le sue osservazioni e/o integrazioni in ordine allo schema di contratto trasmessole dall'Ufficiale rogante, avvertendo che in difetto di risposta avrebbe proceduto fissando la data della stipula (in conformità al contenuto della bozza).

Ma anche tale invito restava senza utile effetto.

III. Con sentenza n.797/2014 del 14.10.2014 il TAR Sardegna, Sez. I^a, *accoglieva* il ricorso dell'ATI Pegaso, *avendo ritenuto fondato il primo motivo*, (con cui la ricorrente lamentava la violazione dell'art.11, comma 9, del D.Lgs. n.163 del 2006, deducendo che l'Amministrazione aveva l'obbligo di concludere il contratto entro e non oltre sessanta giorni dall'aggiudicazione); 'assorbite' le ulteriori censure,

IV. Con l'appello indicato in epigrafe, l'A.S.L. ha impugnato la predetta sentenza e ne chiede la riforma con le consequenziali statuizioni di condanna.

L'appellante ASL lamenta:

1) violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 276 del c.p.c. in combinato disposto con l'art.76, comma 4, del codice del c.p.a., deducendo:

- che alla data di proposizione del ricorso introduttivo (del giudizio di primo grado), l'impugnato provvedimento di sospensione del procedimento (*recte*: del sub-procedimento) volto alla conclusione del contratto era già venuto meno in quanto era stato *superato* dalle successive determinazioni assunte dalla ASL (la quale, infatti, in data 17.2.2014 aveva trasmesso all'ATI Pegaso la bozza del contratto da stipulare);

- e che tale circostanza era stata immediatamente eccepita in primo grado (al fine di far dichiarare preliminarmente l'inammissibilità del ricorso), ma che il Giudice di primo grado non ne aveva tenuto conto (omettendo, in buona sostanza, di pronunciarsi sull'eccezione in questione);

2) violazione e falsa applicazione dell'art.11, commi 7 e 9, del D.Lgs. n.163 del 2006, ed eccesso di potere per inosservanza dei principii generali in materia di contratti con la PA, deducendo che erroneamente il TAR Sardegna ha ritenuto che il termine (di sessanta giorni) previsto dall'art.11, comma 9, del codice degli appalti (per la conclusione dei contratti a seguito di aggiudicazione) sia perentorio e che faccia sorgere l'*inderogabile obbligo*, a carico dell'Amministrazione, di concludere (dunque di sottoscrivere) il contratto *entro e non oltre* la sua scadenza (con l'ovvio corollario secondo cui l'inosservanza di tale farebbe sorgere, nell'aggiudicatario, il potere - *rectius*: il diritto potestativo - di ottenere in via giudiziale l'esecuzione dell'obbligo di concludere il contratto o quantomeno la dichiarazione della sussistenza dell'obbligo in questione o il risarcimento per equivalente).

Ritualmente costituitasi l'ATI Pegaso, eccepisce l'inammissibilità e comunque l'infondatezza dell'appello.

Eccepisce, in particolare, che la nota del D.G. del 21.1.2014 si è concretizzata in un "arresto" *sine die* del procedimento di affidamento del servizio; e cioè in una illegittima sospensione del procedimento di conclusione del contratto;

Ripropone, inoltre, in funzione di eccezioni (ai sensi dell'art.101 c.p.a.), tutte le argomentazioni difensive già dedotte (in via di azione) in primo grado (in sede di proposizione della domanda giudiziale) sulle quali la sentenza appellata non si è pronunciata avendole ritenute assorbite.

V. In pendenza del giudizio (nella specie: due giorni dopo la proposizione dell'appello) l'ASL di Cagliari ha adottato la delibera commissariale n.4 del 14.2.2015 (integrata con la successiva n.200 del 18.2.2015), con cui ha annullato in autotutela la delibera con la quale era stato preso atto delle risultanze della gara.

L'ATI Pegaso ha impugnato tali provvedimenti innanzi al TAR Sardegna (con il ricorso RG 216/2015) ed il relativo giudizio è ivi pendente.

VI. In relazione a tale circostanza *sopravvenuta* in corso di causa, l'ATI Pegaso ha rappresentato (nella memoria depositata il 14.3.2015) che sarebbe venuto meno, a suo avviso, l'interesse alla decisione sull'appello proposto dalla ASL.

Con memoria del 9.3.2015 l'Amministrazione sanitaria ha però precisato che l'intervenuta adozione dei provvedimenti di *ritiro* non fa venir meno l'interesse, da parte sua, alla decisione dell'appello "*non foss'altro perché la sentenza impugnata reca la condanna della ASL alla rifusione delle spese del giudizio di primo grado ed al rimborso del contributo unificato in favore dell'ATI Pegaso*".

Nel corso del giudizio le parti hanno insistito, con ulteriori scritti difensivi, nelle rispettive richieste, eccezioni e controdeduzioni.

Infine, all'udienza fissata per la discussione conclusiva sul merito del ricorso in appello, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. L'appello dell'Azienda Sanitaria Locale n.8 di Cagliari (ASL), è fondato.

1.1. L'eccezione di improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse, sollevata dall'appellata ATI Pegaso, va disattesa.

L'Amministrazione sanitaria ha sottolineato di aver ancora interesse alla decisione sull'appello, non ostante abbia *ritirato* in autotutela gli atti impugnati, in quanto la sentenza di primo grado reca la condanna a suo carico al pagamento delle spese processuali.

Insiste, pertanto, nella richiesta di ottenere la pronuncia giudiziale in merito alla c.d. *soccombenza virtuale*, seppur ai limitati fini della decisione sulle predette spese.

E' pertanto evidente che l'interesse alla decisione permane.

1.2. Con il primo mezzo di gravame, l'appellante Amministrazione lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 276 del c.p.c. in combinato disposto con l'art.76, comma 4, del codice del c.p.a., deducendo:

- che alla data della notifica del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado (21/26 febbraio del 2014), l'impugnato provvedimento di *sospensione* del procedimento (*recte*: del sub-procedimento) volto alla conclusione del contratto (nella specie: il provvedimento sospensivo di cui alla nota prot. PG/2014/7224 del 21.1.2014), *era già venuto meno* in quanto era stato ormai 'superato' dalle successive determinazioni assunte dalla ASL (la quale, infatti, in data 17 febbraio 2014 aveva *riavviato* il procedimento trasmettendo all'ATI Pegaso la bozza del contratto da stipulare);

- e che tale circostanza era stata immediatamente eccepita in primo grado (al fine di far dichiarare preliminarmente l'inammissibilità del ricorso), ma che il T.A.R. adito non ne aveva tenuto conto (omettendo di pronunciarsi sull'eccezione in questione).

La doglianza merita accoglimento.

1.2.1. In data 17.2.2014 l'appellante ASL Cagliari (resistente in primo grado) trasmetteva all'ATI Pegaso la bozza (o schema) del contratto da stipulare in esito all'avvenuta aggiudicazione.

E' pertanto evidente che alla data della notificazione del ricorso da parte dell'ATI Pegaso, avvenuta il 21/26 febbraio 2014, l'efficacia del provvedimento di cui alla nota prot. PG/2014/7224 del 21.1.2014, con cui la predetta Amministrazione sanitaria aveva interinalmente sospeso la conclusione del contratto, *era già venuta meno*; e che il procedimento aveva ripreso il suo corso.

1.2.2. Né, d'altro canto, tale "riavvio procedimentale" potrebbe essere considerato un espediente puramente formale e dilatorio (che non ha comunque condotto alla stipula del contratto e che pertanto non ha sostanzialmente mutato la situazione di *stallo*).

Tale tesi non è sostenibile, essendo evidente che con la trasmissione dello schema di contratto (da sottoscrivere) la ASL aveva efficacemente manifestato l'intendimento di addivenire alla stipula del contratto, essendosi ormai definitivamente convinta che l'aggiudicataria ATI Pegaso non avrebbe esitato - dopo lo scambio di note avvenuto fra le due e la 'precisazione' di quest'ultima (che aveva dichiarato che avrebbe mantenuto i pregressi livelli occupazionale e retributivi) - ad inserire la c.d. "clausola sociale" richiamata dal Bando.

E se ciò poi non è avvenuto in quanto la ATI Pegaso si è determinata nel senso di non accettare la predetta clausola, la mancata conclusione del contratto non può di certo essere imputata (e addebitata) all'Amministrazione; e men che mai, comunque, ad un'asserita - ma in realtà non sussistente - *inerzia* di quest'ultima

1.2.3. D'altra parte, il fatto che il provvedimento di sospensione del procedimento fosse stato in qualche modo 'superato' dalla sopravvenuta trasmissione dello schema di contratto, appare *implicitamente riconosciuto* (o quantomeno *ammesso*) dalla stessa ATI Pegaso, la quale - infatti - ha ritenuto di non poter esimersi dall'impugnare (in primo grado) anche la più volte menzionata nota del 17.2.2014 (con cui - come più volte rilevato - l'Amministrazione le aveva trasmesso, in funzione di riattivazione del procedimento, lo schema di contratto da sottoscrivere).

E tale impugnativa (di quest'ultimo sopravvenuto provvedimento) non avrebbe avuto senso se veramente il procedimento fosse rimasto sospeso.

1.3. Con il secondo mezzo di gravame l'appellante ASL lamenta violazione e falsa applicazione dell'art.11, commi 7 e 9, del D.Lgs. n.163 del 2006, ed eccesso di potere per inosservanza dei principii generali in materia di contratti con la PA, deducendo che *erroneamente* il TAR Sardegna ha ritenuto che il termine (di sessanta giorni) previsto dall'art.11, comma 9, del codice degli appalti (per la conclusione dei contratti a seguito di aggiudicazione) sia perentorio e che faccia sorgere l'inderogabile obbligo, a carico dell'Amministrazione, di concludere (dunque di sottoscrivere) il contratto entro e non oltre la sua scadenza.

Anche tale doglianza merita accoglimento.

1.3.1. Secondo un principio costituente ormai *jus receptum*, il termine previsto dall'art.11, comma 9, del c.d. *codice degli appalti* non ha *carattere perentorio*; ed il suo inutile decorso ha il solo effetto di determinare nell'aggiudicatario la facoltà (*rectius*: di far sorgere in capo ad Esso il diritto potestativo) di sciogliersi dal vincolo obbligatorio (e cioè di recedere

dall'impegno) nascente dalla sua offerta, salvo l'eventuale risarcimento del danno arrecatogli (a titolo di responsabilità precontrattuale).

La tesi giuridica propugnata dalla Difesa dell'ATI Pegaso - secondo cui l'Amministrazione sanitaria aveva l'obbligo di pervenire, senza indugio e senza ritardo, alla conclusione del contratto entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione - non appare, dunque, corretta.

Né appare corretto l'uso (*rectius*: l'applicazione) che il Giudice di primo grado ha fatto di tale norma, avendola richiamata per affermare che la sospensione del procedimento (disposta dall'Amministrazione) è da considerare illegittima proprio perché 'in contrasto' con essa.

E' infatti evidente:

- che non ostante l'esistenza e l'operatività della norma in esame, la sospensione del procedimento - ed anche, come nel caso dedotto in giudizio, del sub-procedimento volto alla conclusione del contratto in seguito all'aggiudicazione - è (e resta) una vera e propria *facoltà* dell'Amministrazione, esercitabile allorquando (come nella fattispecie per cui è causa) se ne manifesti l'esigenza;
- e che, come già osservato, la norma in questione ha la funzione *non già* di *obbligare* comunque l'Amministrazione a stipulare tempestivamente il contratto a seguito dell'aggiudicazione, ma - più semplicemente - quella di 'svincolare' l'aggiudicatario dalla sua offerta nel caso in cui l'Amministrazione decida, per ragioni legittime, di ritardare la conclusione del contratto.

1.3.2. Per il resto, non appare revocabile in dubbio che le *ragioni* su cui si è basata la disposta sospensione del procedimento erano condivisibili e legittime.

Ed invero, la *questione ermeneutica* sorta nella fase di stipula del contratto - *id est*: se fosse obbligatorio, o meno, applicare il CCNL 'menzionato' (o, secondo un'interpretazione più rigida, 'richiamato') dal Bando - era *grave*, meritava un'*accurata ponderazione* in sede procedimentale ed andava risolta, ovviamente *con precedenza* rispetto alla predetta stipula, in maniera da soddisfare l' *interesse pubblico*.

Né, del resto, poteva essere ignorato - al riguardo - che il Bando aveva *espressamente previsto* (*rectius*: prescritto) l'inserimento della c.d. "clausola sociale" (volta a far sì che i pregressi livelli occupazionali e retributivi fossero mantenuti intatti), sicché non appare revocabile in dubbio che vi fosse uno *specifico interesse pubblico* alla corretta applicazione della *lex specialis* della gara.

Ne consegue che la *sospensione del procedimento* (*rectius*: degli atti volti alla immediata conclusione del contratto) al fine di avviare un *sub-procedimento istruttorio* (o comunque ad effettuare un *supplemento istruttorio*), necessario per pervenire ad un chiarimento in ordine alla corretta interpretazione della menzionata disposizione del Bando ed eventualmente ad una soluzione concordata, ovvero - in caso negativo - ad un atto di ritiro dell'aggiudicazione, costituiva - nelle circostanze descritte - un '*rimedio*' del tutto legittimo, certamente conforme al principio del buon andamento dell'azione amministrativa.

1.4. Quanto fin qui osservato è sufficiente a stigmatizzare come infondate le prime due eccezioni di merito che l'appellata ATI Pegaso ha formulato, ai sensi dell'art. 101 c.p.a., mediante la *riproposizione* delle analoghe due doglianze contenute nel ricorso introduttivo.

Con esse l'appellata ha eccepito:

- che l'Amministrazione aveva l'obbligo, ai sensi dell'art. 11, comma 9, del codice degli appalti, di concludere il contratto entro sessanta giorni dall'aggiudicazione e che pertanto illegittimamente ha sospeso il procedimento e lo ha protratto oltre tale termine;

- e che la sospensione della stipula del contratto è illegittima anche perché effettuata "sine die".

Sicché non resta che richiamare, al riguardo, quanto già osservato nel *Capo 1.2.* e nel *Capo 1.3.*

E cioè che l'intera prospettazione non regge:

- sotto un primo profilo, in quanto (come rilevato nel *Capo 1*), l'ATI Pegaso ha impugnato il provvedimento di sospensione del procedimento allorquando l'efficacia dello stesso *era ormai venuta meno* ad opera della stessa Amministrazione, la quale si era già *attivata* trasmettendo alla predetta aggiudicataria il progetto di contratto da sottoscrivere (infrangendo spontaneamente, così, la lamentata inerzia asseritamente disposta 'sine die'). Ragion per cui

il Giudice di primo grado avrebbe dovuto rilevare l'inammissibilità (per carenza d'interesse attuale) della domanda giudiziale proposta dall'ATI ricorrente (o quantomeno della specifica doglianza);

- e, sotto altro profilo, in quanto (come già osservato nel Capo 2) la norma invocata dall'appellata non ha affatto la funzione di 'costringere' (*rectius*: di obbligare) l'Amministrazione a concludere il contratto inderogabilmente entro il termine ivi indicato.

1.5. Non meritano accoglimento neanche le altre otto eccezioni (dalla terza alla decima) che l'appellata ATI Pegaso ha formulato, sempre ai sensi dell'art. 101 c.p.a., mediante la riproposizione delle analoghe doglianze contenute nel ricorso introduttivo.

E ciò per le ragioni che si passa ad esporre (analiticamente, pur se sinteticamente).

1.5.1. Con la terza doglianza (proposta nel ricorso introduttivo e riproposta in grado d'appello come eccezione) l'ATI appellata lamenta violazione degli artt. 11 e 12 del D.Lgs. n.163 del 2006 e dell'art.2 della L. n.241 del 1990, nonché eccesso di potere per violazione del Capitolato Speciale di gara e del principio di buona amministrazione e concorrenza, e per travisamento dei fatti e carenza di motivazione, deducendo che la competenza della A.S.L. era limitata all'adozione dei soli atti relativi alla stipula del contratto; e che pertanto quest'ultima non aveva alcun potere di sindacare atti e provvedimenti adottati nell'ambito del procedimento di aggiudicazione.

L'eccezione è palesemente infondata.

Non si vede la ragione giuridica per la quale l'Amministrazione sanitaria non avrebbe avuto il potere (*rectius*: la facoltà) di esaminare il contratto prima di sottoscriverlo; e di sindacarne il contenuto ove difforme dalle prescrizioni del Bando.

Essendo evidente che tale *prudente condotta* rispondeva sia al suo interesse di 'contraente' (ove si analizzi la questione dal punto di vista civilistico), che all'interesse pubblico affidato alla sua cura (ove la si analizzi dal punto di vista del diritto amministrativo).

1.5.2. Con la quarta doglianza (proposta nel ricorso introduttivo e riproposta in grado d'appello come eccezione) l'ATI appellata lamenta violazione degli artt. 11 e 12 del D.Lgs. n.163 del 2006 e dell'art.2 della L. n.241 del 1990, nonché eccesso di potere per violazione del Capitolato Speciale di gara e del principio di buona amministrazione e concorrenza, e per travisamento dei fatti e carenza di motivazione, deducendo che in sede procedimentale Essa (ATI) aveva ben garantito l'applicazione dei trattamenti minimi, nonché la tutela del mantenimento dei livelli occupazionali, sicché illogicamente ed immotivatamente la A.S.L. si era poi determinata nel senso di sospendere comunque la stipula del contratto e di chiedere il parere al Ministero del Lavoro.

Anche tale doglianza non merita condivisione.

Che l'ATI Pegaso non intendesse affatto applicare il "*Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro per il personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizie e servizi integrati e multi-servizi*" (c.d. "CCNL multi/servizi" CCNL), né - dunque - inserire nel contratto la clausola con la quale si sarebbe definitivamente impegnata a farlo, è *nei fatti ed è risultato dai fatti*.

E poiché l'Amministrazione perseguiva proprio l'obiettivo aborrito dall'ATI Pegaso (la quale per un verso assicurava che avrebbe mantenuto intatti i livelli occupazionali e retributivi, ma al tempo stesso rifiutava di inserire la 'clausola sociale' prevista dal Bando), non si vede come possa essere criticata la determinazione della ASL di sospendere la conclusione del contratto al fine di acquisire il parere del competente Ministero in ordine alla possibilità di accettare le condizioni offerte (*rectius*: di accordarsi sulle formule contrattuali proposte) dall'aggiudicataria.

Tale decisione ben rispondeva, infatti, all'esigenza di garantire - in conformità al principio di buon andamento dell'azione amministrativa ed in aderenza ai principii che regolano il procedimento amministrativo - l'interesse alla corretta applicazione del Bando.

1.5.3. Con la quinta e con la decima doglianza (proposte nel ricorso introduttivo e riproposte in grado d'appello come eccezioni), che possono essere trattate congiuntamente in considerazione della loro sostanziale identità argomentativa e connessione logica, l'ATI appellata lamenta violazione eccesso di potere per violazione del Capitolato Speciale di gara nonché per carenza di istruttoria, di presupposti e di motivazione e per "perplexità", deducendo che la trasmissione da parte dell'Ufficiale rogante dello schema di contratto si pone in insanabile contrasto con il precedente provvedimento di sospensione del procedimento (volto alla stipula del contratto).

Anche tale doglianza non è condivisibile.

Tra la decisione di *sospendere* il procedimento e la decisione di *riavviarlo* non v'è - all'evidenza - alcuna *contraddizione insanabile*.

Si è trattato, invero, di una normale evoluzione corrispondente al mutamento delle circostanze.

L'Amministrazione si è determinata nel senso di riavviare il procedimento allorché ha ritenuto che vi fossero le condizioni per pervenire alla conclusione del contratto.

Ed il fatto che il contratto non si è poi concluso non smentisce la correttezza delle determinazioni testè indicate.

1.5.4. Con la sesta doglianza (proposta nel ricorso introduttivo e riproposta in grado d'appello come eccezione) l'ATI appellata lamenta violazione degli artt. 11 ed 86 e seguenti del D.Lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 2 della L. n. 241 del 1990, nonché eccesso di potere per violazione del Capitolato Speciale di gara, del principio di buona amministrazione e del giusto procedimento, nonché per travisamento dei fatti e carenza di motivazione, deducendo che illegittimamente l'Ufficiale Rogante - e dunque la stessa A.S.L. per cui conto Egli agiva - ha proceduto alla *unilaterale modifica* del precedente schema di contratto (aggiungendo con metodo autoritativo la clausola mirante ad obbligare l'aggiudicataria ad applicare il c.d. "CCNL Multiservizi").

L'eccezione non può essere condivisa.

L'Amministrazione ha inserito una clausola che era conforme (o che a suo avviso lo era) ad una precisa disposizione del Bando; e lo ha fatto per assicurare che la *lex specialis* di gara fosse rispettata.

La tesi secondo cui l'inserimento della clausola sarebbe avvenuta *unilateralmente e/o autoritativamente* - e dunque in violazione di pregressi accordi o di regole già stabilite - non può essere condivisa.

Partecipando alla gara, l'ATI appellata si era infatti già impegnata - fin *ab origine* ed in forza di una sua libera scelta - a rispettare la c.d. *lex specialis* di gara; e dunque, in caso di aggiudicazione in suo favore, ad inserire la c.d. "clausola sociale" nel contratto.

E l'Amministrazione non ha fatto altro che "correggere" il contratto in una parte in cui non appariva sufficientemente chiaro e doverosamente conforme ad un *regolamento di interessi già stabilito*, ormai perfezionatosi ed operante.

1.5.5. Con la settima doglianza (dedotta nel ricorso introduttivo e riproposta in grado d'appello come eccezione) l'ATI appellata lamenta violazione degli artt. 2 ed 11 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 2 della L. n. 241 del 1990, nonché eccesso di potere per violazione del Capitolato Speciale di gara e del principio di buona amministrazione e concorrenza, e per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti e carenza di motivazione, deducendo che con la proposta modifica - si riporta testualmente - "*l'A.S.L. finisce col pretendere di esercitare il potere di stabilire quale sia il contratto collettivo che un datore di lavoro deve applicare*".

L'eccezione è palesemente infondata.

L'art. 18 del Capitolato Speciale d'Appalto relativo alla gara per cui è causa, prescrive che la ditta aggiudicataria avrebbe dovuto impegnarsi ad assumere la forza lavoro già impiegata nello svolgimento del medesimo servizio "*secondo quanto previsto dall'art. 4 del CCNL del 19.12.2007*", (id est: dal c.d. "*CCNL 19.12.2007 per il personale dipendente da imprese di servizi integrati e multiservizi*").

L'atteggiamento dell'ASL non è stato dettato, dunque, da una sua *scelta arbitraria* effettuata "sine titulo", ma dall'esigenza di far rispettare gli obiettivi strategici precedentemente stabiliti e trasfusi nella disciplina di gara, al cui rispetto - peraltro, e come già più volte rilevato - i partecipanti si erano impegnati ed obbligati.

1.5.6. Con la ottava doglianza (proposta nel ricorso introduttivo e riproposta in grado d'appello come eccezione) l'ATI appellata lamenta violazione degli artt. 11 e segg. Del D.Lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, nonché incompetenza, deducendo che la A.S.L. di Cagliari - si riporta ancora testualmente - "*è assolutamente incompetente a disporre modifiche contrattuali della specie di quelle individuate nella nota pec dell'Ufficiale Rogante*";

L'eccezione non merita accoglimento.

Non v'è chi non veda come ogni Amministrazione sia competente a tutelare gli interessi affidati alla sua cura.

Nella fattispecie, l'ASL aveva delegato l'Azienda Universitaria ad espletare la gara, ma non anche a sottoscrivere il relativo contratto per proprio conto.

Il che significa che la ASL aveva (ed ha) inteso mantenere (ed ha mantenuto) intatto il suo potere di controllo sulla c.d. fase esecutiva dell'appalto, fase che inizia proprio con il perfezionamento del contratto e delle attività negoziali preordinate alla sottoscrizione dello stesso.

1.5.7. Con la nona doglianza (proposta nel ricorso introduttivo e riproposta in grado d'appello come eccezione) l'ATI appellata eccepisce violazione dell'art.39 del D.Lgs. n.276 del 2003 e del Capitolato Speciale di gara, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di presupposti e difetto di motivazione, deducendo che per il mantenimento dei livelli occupazionali (in conformità all'art.4 del c.d. "CCNL multi/servizi"), *"non vi è bisogno che si applichi uno specifico contratto collettivo, come da ultimo richiesto dall'Ufficiale Rogante"*, e che la scelta di applicare il CCNL per i proprietari di fabbricati privati - oggetto di *insindacabile scelta discrezionale* - non incide sui livelli occupazionali; sicchè illegittimamente la ASL ha preteso di stabilire quale CCNL dovesse applicarsi.

L'eccezione non può essere condivisa.

Il Capitolato Speciale d'Appalto faceva espresso e specifico riferimento al "CCNL 19.12.2007 per il personale dipendente da imprese di servizi integrati e multiservizi" (c.d. "CCNL multi/servizi").

Il che depone per la esclusione di qualsiasi discrezionalità, da parte dell'aggiudicatario, nella scelta del CCNL da applicare.

2. In considerazione delle superiori osservazioni, l'appello proposto dalla ASL n.8 di Cagliari va accolto; e, per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza, il ricorso dell'ATI Pegaso avverso i provvedimenti impugnati va respinto.

La delicatezza delle questioni dibattute, che ha visto impegnate le parti in difese tecniche ed in operazioni ermeneutiche particolarmente analitiche, giustifica la compensazione delle spese processuali fra le parti costituite per entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sez. III^a, accoglie l'appello dell'ASL n.8 di Cagliari; e, per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza, respinge il ricorso dell'a.t.i. Pegaso s.r.l. Servizi Fiduciari – Sistemi di Sicurezza s.r.l.

Compensa le spese relative ad entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2015 con l'intervento dei Signori Magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Carlo Modica de Mohac, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/05/2015

IL SEGRETARIO

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