



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**2 gennaio
2017**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ Sopravvenuto abbassamento dei prezzi di mercato e revoca dell'aggiudicazione definitiva
- ❖ Il dirigente pubblico demansionato ha diritto al reintegro ad opera del giudice ordinario
- ❖ Contrasti tra uffici sulle verifiche anticorruzione sono devoluti al giudice del lavoro
- ❖ In caso di inefficienza complessiva dell'organizzazione dell'ente pubblico il danno erariale del dipendente si riduce

SEDE CENTRALE - Piazzale Risorgimento n. 14 - 24128 Bergamo
Tel. 030/40.35.40 . Fax 035/25.06.82 - C.F. 95100580166
www.conord.org conord@conord.org

Sopravvenuto abbassamento dei prezzi di mercato e revoca dell'aggiudicazione definitiva

Nelle procedure selettive indette dalle Stazioni Appaltanti non sono infrequenti i casi in cui si possono dilatare sensibilmente il tempo intercorrente tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto e, in questo frangente, possono mutare le condizioni economiche di mercato sulla base delle quali erano stati parametrati sia gli atti di gara, sia la conseguente offerta economica presupposta al provvedimento di aggiudicazione definitiva.

In dette ipotesi è bene ricordare come la stipula del contratto non rappresenti un atto dovuto ma, anzi, l'Ente pubblico sia tenuto a valutare, con estrema attenzione, l'opportunità economica complessiva di perfezionare il rapporto con l'aggiudicatario o, al contrario, esercitare il proprio potere di revoca ai sensi dell'art. 21-quinquies della L. n. 241/1990, ben sapendo però di essere tenuto, in questo caso, a liquidare un indennizzo in favore dell'aggiudicatario.

Ciò è quanto avvenuto in un recente caso in cui una Stazione Appaltante, dopo aver indetto una gara per l'affidamento in concessione della progettazione esecutiva e della realizzazione dell'ampliamento di un impianto di trattamento del percolato, ha proceduto alla revoca in autotutela dell'aggiudicazione definitiva in quanto, nel non breve lasso di tempo intercorrente tra il provvedimento conclusivo della procedura selettiva ed il provvedimento di secondo grado (ottobre 2012 - luglio 2016), sarebbe venuta meno la convenienza economica per l'ente concedente conseguente ad una generale flessione del costo medio di smaltimento del percolato rispetto alla tariffa offerta dall'aggiudicatario (€ 27/mc contro € 36/mc).

Come ci si poteva attendere,

l'aggiudicatario ha tempestivamente impugnato la revoca innanzi al TAR competente chiedendo, oltre all'annullamento del provvedimento, il risarcimento del danno emergente, del lucro cessante e del danno curriculare asseritamente provocatogli.

L'operatore economico ha inoltre chiesto il risarcimento dei danni da responsabilità precontrattuale, in considerazione del lasso temporale intercorso tra l'aggiudicazione definitiva e la revoca, nonché per l'intervenuta esecuzione anticipata del contratto.

In via subordinata la Società ricorrente ha domandato, nella differente ipotesi in cui il provvedimento di revoca venisse considerato legittimo, il pagamento dell'indennizzo di cui all'art. 21-quinquies della L. n. 241/1990.

Infine, con successivi motivi aggiunti, è stata chiesta – con preferenza rispetto alla sopra citata domanda di indennizzo – la corresponsione delle somme asseritamente dovute ai sensi dell'art. 158 del D. Lgs. n. 163/2006 per risoluzione del rapporto di concessione da inadempimento del soggetto concedente.

Così articolata l'azione di parte ricorrente, l'adito TAR Campania-Napoli ha, con la sentenza 3.1.2017, n. 56, ritenuto legittimo l'impugnato atto di revoca.

Il Collegio non ha condiviso, infatti, la tesi attorea secondo cui, per rimediare alla sensibile flessione dei costi medi di smaltimento del percolato, la Stazione Appaltante avrebbe dovuto comunque stipulare la convenzione salvo poi procedere, in un secondo momento, alla revisione ex art. 143, cc. 8 e 8-bis del D. Lgs. n. 163/2006 in forza della quale la stazione appaltante può apportare variazioni ai presupposti o alle condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione.

A ben vedere tale strumento consente – in presenza di circostanze eccezionali che,

come tali, non sono suscettibili di applicazioni estensive – di rideterminare l'equilibrio economico-finanziario di concessioni già in essere e per fatti successivi al perfezionamento delle stesse: al contrario, invece, nel caso de quo l'abbattimento del costo di smaltimento si è verificato prima della stipula della convenzione e non in costanza del rapporto concessorio.

Ecco che, a detta del Collegio, ben ha fatto la Stazione Appaltante ad adottare il provvedimento di revoca – sulla scorta di una motivata valutazione economica – secondo quel consolidato orientamento giurisprudenziale per cui anche dopo l'intervento dell'aggiudicazione definitiva, non è precluso all'amministrazione appaltante di revocare l'aggiudicazione stessa, in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, che può certamente consistere nella mancanza di risorse economiche idonee a sostenere la realizzazione dell'opera (Consiglio di Stato, Sez. III, 11 luglio 2012 n. 4116; Sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457).

Conseguentemente, anche la domanda di risarcimento dei danni ex art. 30 c.p.a. è stata respinta difettando il presupposto della illegittimità provvedimento.

Al contrario, invece, i profili di un'eventuale responsabilità precontrattuale devono essere in ogni caso vagliati a prescindere dalla legittimità della revoca, accertando essenzialmente la tempestività, o meno, del provvedimento di secondo grado rispetto al momento in cui l'Amministrazione ha assunto piena consapevolezza dell'antieconomicità dell'offerta.

Nello svolgere questo scrutinio, il TAR ha rilevato come, benché vi sia stata la consegna anticipata dei lavori, la Società ricorrente era stata resa edotta da tempo dello scostamento tra i costi di smaltimento del percolato offerti in gara rispetto alle condizioni di mercato e della opportunità di procedere ad un aggiornamento/revisione del Piano

Economico Finanziario tanto che tale richiesta, in un primo tempo assecondata dalla medesima società, è stata poi rigettata in un secondo momento quando l'impresa è tornata sui propri passi per rivendicare la validità delle condizioni economiche offerte in sede di gara.

Appare chiaro, quindi, come dopo un vano tentativo della Stazione Appaltante di mantenere il rapporto con l'aggiudicatario previo allineamento delle condizioni economiche ai prezzi medi di mercato, questa abbia poi rapidamente disposto la revoca dell'aggiudicazione e, conseguentemente, non possa dirsi essere stato cagionato un danno precontrattuale.

Parimenti non viene accolta l'ulteriore richiesta avanzata dalla parte ricorrente con motivi aggiunti, concernente il pagamento dell'indennizzo di cui all'art. 158 del D.Lgs. n. 163/2006: tale disposizione prevede il pagamento di un indennizzo in favore del concessionario in caso di risoluzione di un rapporto di concessione per inadempimento del soggetto concedente e, pertanto, il presupposto operativo di tale indennizzo è costituito dall'avvenuto rilascio del titolo concessorio (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1315/2013).

Quanto, infine, alla richiesta di indennizzo ex art. 21 quinquies della L. n. 241/1990 il TAR Napoli – dopo aver precisato come la sua mancata previsione non infici la legittimità del provvedimento di revoca – l'ha accolta stabilendo, ai sensi dell'art. 34 comma 4 c.p.a., i criteri in base ai quali l'Amministrazione dovrà proporre alla Società un indennizzo strettamente commisurato al solo danno emergente ed attinente ai costi di partecipazione alla gara, alle spese connesse all'iter autorizzativo del progetto, nonché ai costi di gestione dell'impianto non compensati dagli importi liquidati dall'Amministrazione.

In conclusione, la pronuncia presa in esame ben evidenzia come le Amministrazioni aggiudicatrici

dispongano di una serie di strumenti utili a garantire, anche nelle fasi successive alla selezione del contraente, laddove si verificano particolari condizioni, i fondamentali principi di economicità ed efficienza dell'azione pubblica.

Il dirigente pubblico demansionato ha diritto al reintegro ad opera del giudice ordinario

La Corte di Cassazione con la sentenza numero 217/2017 ha respinto il ricorso di un'azienda sanitaria in merito alla possibilità di demansionare a seguito di una riorganizzazione aziendale, il ruolo e ed i compiti che costituiscono il suo incarico. Il giudice ordinario infatti ha il potere, a tutela del dirigente, di ripristinare la sua precedente posizione lavorativa pattuita con l'amministrazione essendo illegittimo qualsiasi provvedimento di revoca dei compiti professionali affidati *ab origine* da parte dall'amministrazione.

Il caso specifico oggetto della sentenza riguardava un pubblico dipendente responsabile di tutta l'informatizzazione dell'azienda che si era poi visto affidare soltanto la responsabilità per piccoli interventi routinari e per i problemi legati alla rete, cioè in sostanza era stato privato di tutte le competenze organizzative che erano parte integrante del ruolo di dirigente. Il demansionamento era stato causato dalla volontà di riorganizzazione dell'azienda sanitaria che aveva deciso di affidare a dei consulenti esterni alcuni incarichi che in un primo tempo facevano parte dei compiti del dirigente.

Il ricorso proposto dall'ente pubblico contesta la decisione dei giudici che avevano ritenuto illegittimo il demansionamento, motivando col fatto che nel pubblico impiego esiste il principio

dell'equivalenza formale delle mansioni, sulla base della contrattazione collettiva, indipendentemente dalla professionalità acquisita che il giudice non può sindacare.

La sentenza ricorda come la revoca di un incarico vada motivata sulla base dei risultati della dirigenza e non possa essere basata su mere questioni di riorganizzazione interna dell'ente, pur ribadendo la peculiarità del pubblico impiego. L'atto deve quindi essere motivato, perciò per la Suprema Corte è illegittimo il provvedimento di revoca di una posizione dirigenziale per svolgere dei compiti pattuiti per un determinato periodo di tempo con un sostanziale svuotamento delle mansioni organizzative, quando l'atto è assunto in conseguenza dell'affidamento di quelle stesse mansioni a soggetti esterni all'amministrazione pubblica per ragioni di riorganizzazione della struttura aziendale.

I giudici della Suprema Corte concentrano l'attenzione su questo ultimo aspetto, in quanto da solo lo svuotamento degli incarichi configura un caso di sottrazione delle mansioni vietato nel pubblico impiego. Ad esempio nel caso di un incarico dirigenziale a tempo determinato, il giudice potrà, ove occorra un illegittimo demansionamento, imporre alla Pubblica Amministrazione di consentire lo svolgimento dell'incarico per l'intero tempo pattuito calcolando come effettivamente svolto solo il periodo di tempo intercorso fra la stipula del contratto e lo spoglio di compiti. Viene citata anche la Corte Costituzionale a supporto di questa tesi, in quanto afferma il principio che il rapporto di servizio del dirigente, anche se a tempo determinato, comporta la nascita del diritto a svolgere le mansioni ed i compiti stabiliti per tutto il periodo di tempo pattuito ed il giudice ordinario può tutelare questo diritto ripristinandolo qualora revocato, come nel caso in oggetto.

Contrasti tra uffici sulle verifiche anticorruzione sono devoluti al giudice del lavoro

Incominciano a prospettarsi i primi contrasti tra uffici sulle verifiche anticorruzione che, c'è da aspettarsi, sfoceranno frequentemente in azioni giudiziali.

In uno dei primi casi sollevati, affrontato dal TAR Brescia con la sentenza n. 15/2017, il responsabile dell'unità operativa legale di una azienda di tutela della salute, ha impugnato la richiesta del responsabile della prevenzione di mettere a disposizione tutti i fascicoli relativi alle archiviazioni/revoche/annullamenti delle ordinanze ingiunzioni e dei verbali di contestazione delle sanzioni amministrative a far data dal 5.6.2006.

Il TAR adito ha, peraltro, declinato la propria competenza in favore del giudice ordinario.

Il Collegio ha rilevato, infatti, che la controversia di cui si discute rientra nella giurisdizione del giudice ordinario ex art. 63, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001, il quale dispone che "Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti....".

Dunque, il comma 1 del citato art. 63 ha trasferito al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie in materia di pubblico impiego contrattualizzato, indipendentemente dalla

circostanza che l'asserita lesione del dipendente sia prodotta da un atto provvedimento o negoziale.

Diversamente, il comma 4 del medesimo articolo mantiene ferma la giurisdizione del giudice amministrativo esclusivamente in materia di procedure concorsuali finalizzate all'assunzione dei dipendenti pubblici, nonché - in sede di giurisdizione esclusiva - per le controversie investenti i particolari rapporti di lavoro individuati nell'art. 3 ("Personale in regime di diritto pubblico").

Considerato che la ricorrente ha impugnato una nota del Responsabile della Struttura di Prevenzione della Corruzione e Trasparenza dell'ATS, la controversia nemmeno involge atti amministrativi di carattere generale ovvero provvedimenti di macro organizzazione, la cognizione dei quali, di regola, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto nell'emanazione di atti organizzativi di carattere generale viene esercitato un potere di natura autoritativa e non gestionale, cosicché non trova applicazione la riserva di giurisdizione del giudice ordinario di cui al ricordato art. 63.

Pertanto la giurisdizione spettando al giudice ordinario, il quale valuterà l'eventuale giustiziabilità degli atti censurati dalla ricorrente.

In caso di inefficienza complessiva dell'organizzazione dell'ente pubblico il danno erariale del dipendente si riduce

La sentenza numero 338 della Corte dei Conti, sezione per il Lazio, del 15 dicembre 2016 afferma un principio importante in tema di responsabilità erariale del pubblico dipendente e cioè che le carenze organizzative e la mancata verifica da parte degli organi di vertice

politico e degli altri soggetti responsabili pro-tempore di un'Amministrazione possono limitare, mediante il loro apporto causale, le responsabilità del dipendente della Pubblica Amministrazione che ha cagionato il danno e di conseguenza ridurre il risarcimento dovuto dallo stesso.

La vicenda prende piede dal fatto che un Comune aveva ricevuto un finanziamento di 50mila euro per la ristrutturazione del sagrato di una chiesa e nei lavori, che sono stati affidati con la procedura del cottimo fiduciario ad una ditta, il Dirigente dell'Area Tecnica aveva assunto il ruolo di direttore lavori e anche quello di responsabile del procedimento.

Una volta ricevuto l'acconto dell'80% dell'intero finanziamento, pari a 40mila euro, il Dirigente ometteva alcuni adempimenti cioè la trasmissione dell'accettazione del finanziamento, della rendicontazione e dei documenti relativi ai lavori eseguiti, con la conseguenza che il finanziamento veniva revocato ed Equitalia Sud, per conto della Regione, procedeva al recupero di quanto già erogato. Inoltre la procura della Corte dei Conti avviava un procedimento per l'ipotesi di danno erariale a carico del dirigente in quanto la ristrutturazione del sagrato parrocchiale si era dovuta realizzare interamente con risorse del bilancio comunale.

I magistrati, considerato in premessa che il soggetto responsabile aveva l'obbligo di far pervenire alla Regione tutta la documentazione richiesta e che inoltre aveva l'obbligo di servizio di sottoporre ed acquisire dagli organi competenti del Comune le firme necessarie, rilevano sia il nesso di causalità fra il comportamento omissivo del soggetto ed il danno economico occorso al Comune, sia il nesso di colpa "grave" che inquadra il comportamento del dirigente nella responsabilità amministrativa per danno erariale da addebitarsi allo stesso.

L'aspetto interessante della sentenza però è che la Corte tuttavia valuta che nella circostanza oggetto di esame esista anche

una incidenza causale, da valutarsi, del comportamento di altri soggetti che avrebbero violato i propri doveri, senza però che questo escluda il nesso causale fra la condotta del convenuto ed il danno subito dall'ente, come appena evidenziato. Veniva quindi accertata una grave carenza organizzativa dell'apparato amministrativo del Comune ed una pessima comunicazione fra le varie strutture, che si concretizzava in una gestione inefficiente e trascurata dell'attività amministrativa pubblica da parte degli uffici dell'ente.

In seguito a queste valutazioni, senza far venir meno la responsabilità amministrativa del dirigente, il Collegio ha deciso di limitare il danno erariale in capo allo stesso, rispetto alla domanda della procura, a soli 30mila euro invece che 40mila, in quanto la disorganizzazione della macchina comunale ha in parte ridotto la responsabilità individuale del soggetto convenuto.