



4510

REPUBBLICA ITALIANA

N. Reg.Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Anno

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO

N. 4861 Reg.Ric.

SEZIONE III quater

Anno 2008

composta dai magistrati:

MARIO DI GIUSEPPE

Presidente

CARLO TAGLIENTI

Consigliere relatore

UMBERTO REALFONZO

Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 4861 del 2008 proposto da CONFCOMMERCIO
ROMA – UNIONE DEL COMMERCIO DEL TURISMO DEI
SERVIZI DELLE PROFESSIONI E DELLE PMI DI ROMA E
PROVINCIA, in persona del Presidente pro tempore;

da AS.F.O. LAZIO ASSOCIAZIONE FORNITORI OSPEDALIERI
REGIONE LAZIO, in persona del Presidente pro tempore;
rappresentati e difesi dall'avv. Massimiliano Brugnoletti,
elettivamente domiciliati presso il suo studio, in Roma, via A.
Bertoloni n. 26/b;

CONTRO

REGIONE LAZIO, in persona del Presidente p.t., non costituitasi in
giudizio;

AZIENDA SANITARIA LOCALE ROMA A, in persona del Direttore Generale p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Enrica Possi ed Alessia Alesii ed elettivamente domiciliata in Roma, via Ariosto n. 2/9 presso il Servizio Legale dell'Azienda;

AZIENDA SANITARIA LOCALE ROMA B, in persona del Direttore Generale p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Claudio Chiola ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso in Roma, Via Camilluccia n. 785;

AZIENDA SANITARIA LOCALE ROMA C, in persona del Direttore Generale p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Gabriella Mazzoli e Barbara Bentivoglio ed elettivamente domiciliata in Roma, via dell'Arte n. 68 presso il Servizio Legale dell'Azienda;

AZIENDA SANITARIA LOCALE di LATINA, in persona del Direttore Generale p.t., non costituitasi in giudizio;

AZIENDA POLICLINICO "UMBERTO I", in persona del Direttore Generale p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Capparelli, Paola Baglio e Cristina Boccia ed elettivamente domiciliata in Roma, Via del Policlinico n. 155 presso il Servizio Legale dell'Azienda;

AZIENDA COMPLESSO OSPEDALIERO "SAN FILIPPO NERI" in persona del Direttore Generale e legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Tiziana Rodà ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma Via de' Cestari n. 34;

ISTITUTI FISIOTERAPICI OSPITALIERI – I.F.O., in persona del Direttore Generale p.t., rappresentati e difesi dagli avv.ti Stefano Coen

e Gloria di Paola ed elettivamente domiciliati presso il loro studio in Roma, Piazza di Priscilla n. 4;

AZIENDA OSPEDALIERA UNIVERSITARIA POLICLINICO “TOR VERGATA”, in persona del Direttore Generale p.t., non costituitasi in giudizio;

AZIENDA OSPEDALIERA COMPLESSO OSPEDALIERO “SAN GIOVANNI-ADDOLORATA”, in persona del Direttore Generale p.t., non costituitasi in giudizio;

AZIENDA OSPEDALIERA “SAN CAMILLO-FORLANINI”, in persona del Direttore Generale p.t., non costituitasi in giudizio;

per l'accertamento

della grave iniquità, ai sensi dell'art. 7 del decreto legislativo 9 ottobre 2002 n. 231, delle condizioni generali concernenti la data del pagamento o le conseguenze del relativo ritardo, finora utilizzate dalle amministrazioni resistenti e conseguentemente per inibirne l'uso;

nonché per l'adozione

delle misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate e conseguentemente ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale e locale nei casi in cui l'adozione del provvedimento possa contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle Amministrazioni resistenti;

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti di causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 22 ottobre 2008, con designazione del Cons. Carlo Taglienti relatore della causa, gli avv.ti come da verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 14 maggio 2008 e depositato il 21 successivo la Confcommercio di Roma e provincia e l'AS.F.O., meglio in epigrafe indicate, hanno adito questo Tribunale ai sensi dell'art. 8 del decreto legislativo 9 ottobre 2002 n. 231 contestando numerosi atti di gara per pubbliche forniture indetti dalle strutture sanitarie sopra indicate, nella parte in cui prevedono termini di pagamento superiori a quelli previsti dall'art 4 o interessi di mora inferiori a quelli previsti dall'art. 5 del citato decreto legislativo n. 231/2002.

Eccepiscono la violazione degli artt. 4, 5 e 7 del citato decreto legislativo, dell'art. 3 della Direttiva 2000/35/CE; eccesso di potere per ingiustizia manifesta; violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione e dei principi di imparzialità ed efficienza, nonché dell'art. 97 della Costituzione.

Chiedono l'accertamento giudiziale della grave iniquità delle condizioni suddette e l'adozione di misure inibitorie ai sensi dell'art. 8 decreto citato n. 231/2002.

Costituitesi le strutture sanitarie evocate in giudizio, hanno preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per: a) difetto di legittimazione attiva dei ricorrenti; b) difetto di giurisdizione del

giudice amministrativo; c) tardività dell'azione impugnatoria; d) genericità dell'oggetto; e) l'intangibilità delle decisioni di merito della P.A..

Nel merito hanno sostenuto l'infondatezza del ricorso in quanto l'accertamento dell'iniquità presuppone un accordo specifico, che deve essere valutato in concreto in tutte le circostanze previste dallo stesso decreto legislativo all'art. 7; inoltre normative specifiche (L.n. 833/78) e regionali (Lazio n. 22 del 22.4.1989) prevedono termini di novanta giorni per il pagamento delle forniture ed il tasso d'interesse legale per il ritardo.

Con memorie predisposte per l'udienza di discussione le parti hanno replicato ad eccezioni e ribadito tesi e ragioni.

La causa è quindi stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe due associazioni di categoria di imprenditori, in particolare fornitori delle aziende sanitarie, hanno adito questo Tribunale ai sensi dell'art. 8 del decreto legislativo 9 ottobre 2002 n. 231, chiedendo l'accertamento della grave iniquità delle condizioni generali di contratto nelle gare relative alle suddette forniture concernenti la data di pagamento e le conseguenze del relativo ritardo, e di inibirne l'uso, ordinando altresì la pubblicazione del provvedimento sui giornali.

1- Preliminarmente il Collegio deve prendere in esame le eccezioni in rito sollevate dalle ASL resistenti.

1.1. Con la prima si sostiene il difetto di legittimazione attiva delle associazioni ricorrenti.

L'eccezione è infondata.

Infatti l'art. 8 cit. conferisce la legittimazione alla specifica azione che esso stesso disciplina alle associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel CNEL: orbene la Confcommercio Roma è una articolazione territoriale della Confcommercio e la A.S.F.O è una articolazione settoriale (forniture sanitarie) sempre della Confcommercio; la Confcommercio è associazione presente nel Consiglio Nazionale dell'economia e del lavoro; le due articolazioni di essa hanno quindi legittimazione attiva nella presente fattispecie.

1.2. Con la seconda eccezione si afferma la carenza di giurisdizione del Giudice amministrativo.

Nemmeno tale eccezione può essere accolta.

E' chiaro in primo luogo che non si tratta qui di azione ordinaria impugnatoria delle condizioni generali di contratto, bensì di azione di accertamento della grave iniquità di esse e di inibitoria all'uso.

Trattasi cioè di una azione particolare, disciplinata dalla normativa specifica che configura una posizione di diritto soggettivo del soggetto legittimato.

E' noto che sia in base all'art. 244 del decreto legislativo n. 163/2006 (che ha sostituito l'art. 6 comma 1 della legge n. 205/2000), sia in base all'art. 7 della legge n. 205/2000, che ha sostituito l'art. 33 del decreto legislativo n. 80/1998, le procedure di affidamento di contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, ed in particolare in materia di

pubblici servizi, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che conosce quindi di posizioni di diritto e di interesse (Cass. SS: UU 12 maggio 2008 n. 11656). Esula da questa giurisdizione solo la cognizione delle controversie nascenti dal contratto ormai stipulato (Consiglio di Stato Ad: Pl.n.9/ 2008).

Nel caso in esame l'oggetto della contestazione sono le condizioni generali di contratto inserite nei bandi o nei capitolati o nelle lettere d'invito: in atti cioè che afferiscono alla fase della procedura di gara.

Su tali atti quindi la giurisdizione è del giudice amministrativo, anche nel caso in cui, con normative specifiche di settore, si individuino, come in questo caso, posizioni di diritto soggettivo.

2.3. Con la terza eccezione si eccepisce la tardività dell'azione.

Anche tale eccezione è infondata in quanto, come detto, non siamo in presenza di azione impugnatoria da esperirsi nei termini di decadenza, bensì di azione di accertamento di un diritto, che può essere introdotta nei termini di prescrizione, quanto meno quinquennale.

2.4. La quarta eccezione rileva una presunta genericità dell'oggetto dell'impugnazione.

Ciò non corrisponde al vero in quanto nell'atto introduttivo sono chiaramente e puntualmente indicati tutti gli atti che contengono, in relazione alle varie strutture sanitarie evocate in giudizio, le clausole relative al termine di pagamento ed al tasso d'interesse applicabile nel caso di ritardo.

2.5. Con la quinta eccezione si sostiene l'intangibilità da parte del Giudice amministrativo delle decisioni di merito della P.A., con particolare riguardo al potere inibitorio previsto dall'art. 8 cit.

Ma, a prescindere dal fatto che tale presunta intangibilità riguarda le scelte discrezionali nell'ambito della ponderazione di situazioni di interesse legittimo, laddove vertendosi in materia di diritti l'Amministrazione deve seguire le puntuali norme di legge che indirizzano la scelta, è dirimente la circostanza che una norma avente forza di legge, peraltro derivante da una Direttiva comunitaria (2000/35/CE), disciplina in modo puntuale tale potere inibitorio; il problema può essere, come precedentemente detto, quale sia il Giudice competente ad esercitarlo, ma non che tale potere esista e sia rimesso all'Autorità giurisdizionale; Autorità che deve essere individuata nel giudice amministrativo, in quanto titolare della giurisdizione esclusiva su tutta la fase delle procedure di affidamento di forniture pubbliche precedente la stipula del contratto.

2. Nel merito il ricorso è fondato e deve essere accolto.

In primo luogo il Collegio esclude che la fattispecie in esame coincida oggettivamente con quella disciplinata dal precedente art. 7 del d.lgvo n. 231/2002, nel senso cioè che sia necessaria la sussistenza di un contratto.

Infatti l'art. 8 riguarda le condizioni generali di contratto che precedono la stipula del contratto e che, per le forniture pubbliche, come detto, sono contenute negli atti generali di gara.

Inoltre, come già rilevato dal TAR Piemonte sez. II n. 3292/2007 (che ha pure ritenuto la giurisdizione) nella fattispecie non può parlarsi di accordo, in quanto l'Amministrazione impone autoritativamente le condizioni relative ai termini di pagamento ed alle conseguenze del ritardo, talchè cade il presupposto del convergere di due volontà per la formazione delle quali è necessaria l'indagine complessiva di cui al citato art. 7.

D'altra parte le amministrazioni resistenti affermano di avere inserito le clausole contrattuali in base a normativa statale (l. 833/78) o regionale (L.r.Lazio n. 22/89); ma al riguardo è agevole evidenziare come tali disposizioni risultino superate sia dalla normativa specifica comunitaria che da quella statale, peraltro successive, che disciplinano puntualmente la fattispecie (cfr. sul punto Cons. di Stato sez. V. 12 aprile 2005 n. 1638).

In definitiva la grave iniquità deriva dalla mancanza di qualsiasi giustificazione che renda costantemente e reiteratamente possibili termini di pagamento, decorrenza degli interessi moratori e saggio degli interessi diversi da quelli stabiliti negli artt. 4 e 5 del decreto legislativo n. 231/2002, la cui applicabilità alla fattispecie non è posta in discussione, e deriva dalla lettura degli artt. 1 e 2 dello stesso decreto e dalla costante giurisprudenza che ha ritenute applicabili alle pubbliche forniture il decreto L.gvo n. 231/2002 (oltre quelle citate cfr anche Cons. di St. sez. V 30 agosto 2005 n. 3982).

Il ricorso deve essere accolto e considerarsi accertata la grave iniquità delle clausole generali di contratto inserite dalle strutture sanitarie

intimate negli atti di gara per pubbliche forniture, con conseguente ordine di conformarsi a quanto previsto negli artt. 4 e 5 del decreto legislativo n. 231/2002.

Non ritiene tuttavia il Collegio che la pubblicazione della sentenza su uno o più quotidiani possa contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate.

Considerata la novità della questione, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione terza quater accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto:

accerta la grave iniquità delle clausole generali di contratto concernenti la data di pagamento e le conseguenze del relativo ritardo, inserite negli atti generali di gara delle strutture sanitarie intmate;

ordina alle suddette amministrazioni di conformarsi alle norme di cui agli artt. 4 e 5 del decreto legislativo n. 231/90.
Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 22 ottobre 2008

MARIO DI GIUSEPPE Presidente

CARLO TAGLIENTI Relatore estensore: