

N. 07734/2010 REG.SEN.
N. 02047/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2047 del 2010, proposto da:

Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Boifava, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale in Milano, Via Corridoni, n. 39

contro

Metropolitana Milanese S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Alberto Sciume', Danilo Tassan Mazzocco e Giorgio Lezzi, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Milano, Via Rossini, 8

nei confronti di

Ecol Service S.r.l., non costituitasi in giudizio

per l'annullamento

1) del provvedimento del Consiglio di Amministrazione di Metropolitana Milanese S.p.A., datato 6.7.2010 e comunicato alla ricorrente mediante fax in data 7.7.2010, con il quale il C.d.A. ha deliberato "l'annullamento in autotutela della gara d'appalto, revocando il bando e tutti gli atti conseguenti";

- 2) del processo verbale della riunione del C.T.I.A. del 23.6.2010;
- 3) di ogni altro provvedimento o atto amministrativo, comunque risalente all'Amministrazione aggiudicatrice *de quo*, connesso o attuativo, e per la conseguente condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente o, in subordine, al pagamento dell'indennizzo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Metropolitana Milanese S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, del cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2010 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara dell'1.4.2010 Metropolitana Milanese S.p.A. ha indetto una gara, con procedura aperta, per l'affidamento in appalto di servizi di pulizia e spurgo da effettuarsi nel territorio del Comune di Milano, per il periodo 1 luglio 2010-30 giugno 2012, suddiviso in due lotti, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

Alla scadenza del termine, fissata per il 27.5.2010, per il lotto 1 hanno presentato domanda Sangalli Giancarlo & C. S.r.l. con un ribasso del 4,45% ed Ecolservice S.r.l. con un ribasso del 48,50%, mentre per il lotto 2 Ecolservice S.r.l. con un ribasso del 48%, ed il costituendo RTI Stucchi/R.R.S. con un ribasso del 3,75%.

In seguito all'esclusione della terza concorrente Ecolservice per carenza dei requisiti di capacità tecnica, Sangalli ed il raggruppamento Stucchi/R.R.S. risultavano rispettivamente aggiudicatari provvisori del lotto 1 e 2.

Nel corso della seduta del C.T.I.A. del 23 giugno 2010, accertata la permanenza in gara di una sola offerta per ciascun lotto, venivano formulate dopo un'ampia discussione due proposte: la prima tendente a bandire *ex novo* la procedura, previo annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria e di tutti gli atti di gara in ragione dell'assenza di concorrenzialità; la seconda, favorevole ad aggiudicare in via definitiva la procedura alle due offerte ammesse.

In data 6 luglio 2010 il C.d.A. di Metropolitana Milanese provvedeva in autotutela, annullando l'aggiudicazione provvisoria disposta a favore delle due offerte rimaste in gara, tra cui quella della ricorrente per il lotto 1, nonché tutti gli atti di gara.

Tale determinazione veniva comunicata a Sangalli il 7 luglio 2010.

Avverso tale provvedimento è insorta l'odierna ricorrente, deducendo un unico, articolato, motivo di diritto, concernente, sostanzialmente, la violazione dei principi che informano l'esercizio dello *ius poenitendi* da parte dell'Amministrazione, non rinvenendosi la sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto all'annullamento degli atti di gara, nonché l'eccesso di potere sotto diversi profili, in particolare per sviamento dalla causa tipica, contraddittorietà, illogicità, ingiustizia manifesta, difetto dei presupposti di fatto e di istruttoria.

Sangalli ha chiesto, altresì, formalmente “la condanna della stazione appaltante in principalità all'accoglimento della domanda della ricorrente finalizzata a conseguire l'aggiudicazione dell'opus concorsuale e la stipulazione del relativo contratto d'appalto, attività questa positivamente vincolata e da valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito”; in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente o alla corresponsione dell'indennizzo per avvenuta lesione da fatto lecito dannoso.

Si è costituita Metropolitana Milanese S.p.A., chiedendo la reiezione del

ricorso con articolata memoria difensiva.

Con ordinanza n. 1101/2010 del 14 ottobre 2010 è stata fissata la discussione nel merito del ricorso ai sensi dell'art. 119, comma 3, e 120, comma 6, del c.p.a.

All'udienza pubblica del 17 dicembre 2010 il ricorso è stato, dunque, trattenuto in decisione.

DIRITTO

La fattispecie sottoposta all'esame del Collegio riguarda l'appalto per l'affidamento di servizi di pulizia e spurgo da effettuarsi nel territorio del Comune di Milano per il periodo 1 luglio 2010-30 giugno 2012, suddiviso in due lotti, bandito da Metropolitana Milanese S.p.A., la cui procedura di gara aveva individuato, in un primo momento, quale aggiudicataria provvisoria del lotto 1 l'odierna ricorrente.

Il 6 luglio 2010 detta aggiudicazione provvisoria è stata, tuttavia, posta nel nulla dal C.d.A. della Stazione appaltante, insieme a tutti gli atti di gara, in seguito all'espressione di un parere nel corso della seduta del C.T.I.E. del 23 giugno 2010.

Con il ricorso all'esame e per i motivi nello stesso dedotti, parte istante ha quindi censurato le determinazioni assunte da Metropolitana Milanese, contestando la decisione di annullare le precedenti operazioni di gara e lamentando, in particolare, la violazione dei principi in tema di esercizio del potere di autotutela da parte dell'Amministrazione, nonché l'eccesso di potere sotto diversi profili.

Il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato e meriti accoglimento.

Non si ignora il consolidato orientamento in base al quale l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale, inserendosi nell'ambito della procedura di scelta del contraente come momento necessario ma non decisivo, atteso che la definitiva individuazione del concorrente cui affidare l'appalto è, poi, integrata soltanto con l'aggiudicazione definitiva.

Non può ritenersi, pertanto, preclusa alla stazione appaltante la possibilità di procedere alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria allorché la gara stessa non risponda più alle esigenze dell'ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario provvisorio nei confronti dell'Amministrazione, trovando tale potere il proprio fondamento nel principio generale dell'autotutela della pubblica amministrazione, che rappresenta una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica.

Il potere di ritirare gli atti di gara attraverso gli strumenti della revoca e dell'annullamento riconosciuto alle stazioni appaltanti va riconosciuto, peraltro, in presenza di adeguate ragioni di pubblico interesse o di vizi di merito e di legittimità, tali da rendere inopportuna o comunque da sconsigliare la prosecuzione della gara stessa, come ad esempio nel caso in cui la revoca dell'aggiudicazione provvisoria sia giustificata da un nuovo apprezzamento della fattispecie in base a circostanze sopravvenute, essendo collegata ad una facoltà latamente discrezionale dell'Amministrazione che non inerisce ad alcun rapporto contrattuale, ma attiene ancora alla fase della scelta del contraente, quando, cioè, l'Amministrazione ha la possibilità di valutare la persistenza dell'interesse pubblico all'esecuzione delle opere appaltate.

L'Amministrazione può, dunque, provvedere alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria, anche in via implicita e senza obbligo di particolare motivazione, anche se l'intervento in autotutela sia basato su una valutazione di convenienza economica, la cui sussistenza deve essere, però, idoneamente e inequivocamente accertata.

Tanto premesso, il Collegio ritiene che, nella fattispecie in questione, la

Stazione appaltante abbia esercitato il potere di autotutela senza attenersi ai succitati canoni interpretativi elaborati dall'attenta opera della giurisprudenza e tradottisi, poi, nell'articolata disciplina di cui agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della legge generale sul procedimento amministrativo.

Dalla disamina dei fatti si evince, infatti, l'obiettivo insussistenza del mutamento di condizioni economiche e concorrenziali rispetto alla gara precedente addotte a sostegno dell'esercizio del potere di revoca da parte di Metropolitana Milanese.

Ed invero, alla gara del 2008 delle quattro concorrenti che avevano presentato offerta, anche se tutte per entrambi i lotti, solo tre erano state ammesse alla procedura, che era stata aggiudicata all'odierna ricorrente per il lotto 1 con un ribasso del 2,25%, mentre il lotto 2 era stato aggiudicato alla Stucchi con un ribasso dell'1,76%.

Alla gara oggetto dell'odierna impugnazione, invece, delle tre concorrenti due sono state ammesse e dichiarate aggiudicatarie provvisorie rispettivamente per il lotto 1 (Sangalli, con un ribasso del 4,45%) e 2 (RTI Stucchi/R.R.S. con un ribasso del 3,75%).

Sul piano dell'allegato difetto del confronto concorrenziale il numero di concorrenti ammessi alla gara non appare dunque sensibilmente diverso rispetto alla gara precedente, mentre, quanto ai suoi risultati, la percentuale di ribasso offerta nei due lotti, è più vantaggiosa per la Stazione appaltante rispetto all'esito registrato nella precedente gara.

Come risulta dal prospetto allegato da parte ricorrente come doc. n. 12, non contestato dalla controparte, il più alto sconto offerto da Sangalli nel 2010, rende manifesta la maggior convenienza per la Stazione appaltante rispetto al risultato ottenuto con la gara bandita nel 2008, pari ad € 103.555,65.

In presenza di tale vantaggio per Metropolitana Milanese rispetto ai risultati ottenuti dalla gara precedente, la motivazione addotta a sostegno

dell'esercizio del potere di autotutela, consistente nell'assenza di concorrenzialità, non è idonea a legittimare l'esercizio di tale potere, restando invero del tutto privo di prova il fatto che, con l'indizione di un'altra gara, la partecipazione da parte del imprese del settore considerato sarebbe stata più elevata .

Per le considerazioni sopra svolte il ricorso va accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati, il che comporta che la procedura di gara torna alla fase antecedente il verbale del C.d.A. di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria e di tutti gli atti di gara.

Quanto alla domanda di aggiudicazione e di stipula del contratto in proprio favore, proposta nel ricorso, la stessa merita conseguente accoglimento, dovendosi condannare la Stazione appaltante, ai sensi dell'art. 124 del c.p.a., a provvedere al completamento della procedura di gara, aggiudicandola in via definitiva alla ricorrente per il lotto 1, sottoscrivendo, poi, il relativo contratto di appalto con la medesima, alle condizioni ed agli effetti di legge.

Sussistono giusti motivi, in considerazione della peculiarità della presente controversia, per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l'effetto, dispone l'annullamento dei provvedimenti impugnati, come in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Hadrian Simonetti, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/12/2010

IL SEGRETARIO

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