

N. 00861/2013 REG.PROV.COLL.  
N. 01215/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1215 del 2012, proposto da:

F.M.S. Facility Management Services Italia S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Boifava, con domicilio presso la Segreteria del Tribunale in Milano, via Corridoni n. 39;

*contro*

Fondazione Ca' D'Industria O.N.L.U.S., rappresentato e difeso dagli avv. Gianni Mantegazza, Giovanni Murgia, con domicilio eletto presso Guido Demurtas in Milano, via Aldo Lusardi 7;

*per l'annullamento*

- del provvedimento assunto in data 30/04/2012 dal CdA della Fondazione resistente, avente ad oggetto l'annullamento dell'aggiudicazione datata 26/02/2010 del servizio di ristorazione a favore della ricorrente (con servizio iniziato il 04/03/2010 e contratto stipulato il 17/03/2010), nonché di tutti gli atti connessi;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Fondazione Ca' D'Industria

O.N.L.U.S.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 febbraio 2013 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

F.M.S. Facility Management Services Italia S.p.A. impugna il provvedimento indicato in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili, chiedendone l'annullamento.

Si é costituita in giudizio la Fondazione Ca' D'Industria O.N.L.U.S., eccependo l'infondatezza dell'impugnazione proposta e chiedendone il rigetto.

Le parti hanno presentato memorie e documenti.

All'udienza del 12.02.2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

1) Con verbale n. 1 del 17.02.2010, il Consiglio di amministrazione di Fondazione Ca' d'Industria deliberava di affidare a terzi il servizio di ristorazione relativo alle proprie strutture, comprensivo della gestione del servizio cucine e della fornitura delle relative attrezzature (cfr. doc 11 di parte resistente).

La lettera di invito, trasmessa a 6 società del settore della ristorazione collettiva (cfr. doc 12 di parte resistente), precisava che il contratto avrebbe avuto una durata di dieci anni, rinnovabile per altri dieci salvo disdetta di una delle parti.

L'art. 2 della lettera di invito, dopo avere precisato che la Fondazione consta, nelle sue diverse sedi, di 500 posti letto e di 330 dipendenti,

prevedeva l'erogazione annua di 182.500 giornate alimentari per gli ospiti delle strutture e 30.000 pasti per i lavoratori dipendenti.

Con deliberazione del 26.02.2010, il Consiglio di amministrazione della Fondazione, valutate le offerte pervenute, affidava il servizio di ristorazione, da espletare in diverse sedi, alla società F.M.S. Facility Management Services Italia S.p.A..

Il contratto veniva stipulato in data 17.03.2010 e, recependo sul punto il contenuto dell'offerta presentata dall'aggiudicataria (cfr. doc. 13 di parte ricorrente), prevedeva un numero minimo garantito di 30.000 pasti che la Fondazione avrebbe dovuto riconoscere economicamente a prescindere dall'effettiva fornitura dei pasti medesimi.

In particolare, l'art. 4 del contratto di appalto precisava i corrispettivi dovuti dalla Fondazione, specificando che le quotazioni erano determinate "sulla base di n. 182.000 giornate alimentari annue e di 30.000 pasti dipendenti annui. Tali valori sono da considerarsi minimo garantito che verrà comunque fatturato mensilmente dal gestore al cliente anche se non richiesto" (cfr. doc. 17 di parte resistente).

Del resto, l'art. 8 del contratto aggiungeva che "fa parte integrante del presente contratto tutto quanto presente nell'offerta economica del gestore e negli atti di gara del cliente".

Dalle allegazioni delle parti e dalla documentazione versata in atti emerge che dopo la stipulazione insorgevano dei dissidi tra le parti in relazione all'applicazione del minimo garantito previsto dal contratto e le parti giungevano alla formulazione di ipotesi transattive, mai sfociate in uno specifico accordo.

Con nota del 30.12.2011, il legale della Fondazione evidenziava quali illegittimità inficiavano la procedura di gara e chiedeva alla controparte una globale revisione delle clausole contrattuali, evidenziando che la vicenda era oggetto di un procedimento penale presso la Procura della Repubblica di

Como.

Anche tali ulteriori trattative, intraprese dal nuovo Consiglio di amministrazione della Fondazione, non conducevano ad una composizione bonaria della controversia.

Quindi, la Fondazione con atto datato 16.04.2012 (cfr. doc. 23 di parte resistente) comunicava a FMS l'avvio di un procedimento diretto a verificare la legittimità della procedura di gara sfociata nell'aggiudicazione.

Con deliberazione del 30.04.2012, il Consiglio di amministrazione della Fondazione disponeva l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione del contratto relativo al servizio di ristorazione per le strutture della Fondazione medesima.

Vale precisare che il provvedimento, nella parte dispositiva, richiama non solo l'art. 21 nonies della legge 1990 n. 241, ma anche la sussistenza dei presupposti e delle condizioni previsti dall'art. 1, comma 136, della legge 2004 n. 311.

Più in particolare, dal provvedimento di autoannullamento e dalla comunicazione ex art. 7 della legge n. 241/1990 emerge che la Fondazione ha ritenuto, in primo luogo, di essere configurabile come organismo di diritto pubblico.

Quindi, la Fondazione ha considerato che il provvedimento di aggiudicazione è viziato per: 1) mancata approvazione della lettera di invito da parte del Consiglio di amministrazione; 2) illegittimità della lettera di invito nella parte in cui prevede l'affidamento del servizio per una durata decennale (con rinnovo automatico) in contrasto con le esigenze temporanee di esternalizzazione del servizio risultanti dal verbale n. 1 del 17.02.2010; 3) illegittimità per mancata esclusione di FMS nonostante la presentazione da parte di quest'ultima di un'offerta condizionata comportante per la Fondazione degli oneri più gravosi di quelli stabiliti nella lettera di invito; 4) illegittimità in ragione della determinazione dei

criteri di valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica da parte della Commissione di gara in sede di esame delle offerte, a posteriori e in difformità rispetto a quanto indicato nella lettera di invito.

Del resto, la determinazione gravata precisa che durante il contraddittorio procedimentale FMS ha ritenuto di qualificare la Fondazione solo come un ente di diritto privato, ma non ha contestato i vizi di legittimità ora indicati, limitandosi a lamentare la sussistenza di un proprio legittimo affidamento ostativo all'annullamento.

Inoltre, con riferimento ai presupposti per l'intervento in autotutela, la Fondazione ha considerato che l'esecuzione del contratto stipulato è particolarmente gravosa per la stazione appaltante, a causa del "considerevole divario" esistente "tra i pasti effettivamente consumati e il numero di "pasti minimi garantiti" che vengono addebitati alla Fondazione, con rilevante (e non giustificato) aggravio economico per quest'ultima".

Sempre in relazione alla preponderanza dell'interesse pubblico la Fondazione ha rilevato, da un lato, che il contratto stipulato ha natura decennale ed "è stato eseguito per i primi due anni e, se protratto per gli ulteriori otto anni, rischia di compromettere la sopravvivenza della Fondazione", dall'altro, che tale situazione evidenzia la prevalenza dell'interesse pubblico e quindi la sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 1, comma 136, della legge n. 311/2004

Avverso il provvedimento di autoannullamento dell'aggiudicazione la ricorrente ha proposto l'impugnazione in esame.

2) In primo luogo va rilevato che parte ricorrente dubita (cfr. pag. 12 del ricorso) della possibilità di qualificare come organismo di diritto pubblico la Fondazione, manifestando perplessità sulla giurisdizione del giudice amministrativo, pur rimettendo formalmente ai poteri ufficiosi di quest'ultimo la delibazione sul punto.

E' evidente che parte ricorrente ripropone, seppure in modo dubitativo e

con scarsa chiarezza, le contestazioni mosse in sede procedimentale in ordine alla natura giuridica della Fondazione, ancorando a ciò il problema della giurisdizione.

Ora, seppure la contestazione della giurisdizione ad opera della parte che ha proposto il ricorso integra un abuso dello strumento processuale, perché si traduce nel venire contra factum proprium, con conseguente inammissibilità della deduzione proposta (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 17 novembre 2012, n. 5802; Consiglio di Stato, sez. III, 17 maggio 2012, n. 2857; Consiglio di Stato, sez. V, 07 febbraio 2012, n. 656; Consiglio di Stato, Ad. Pl., 23 marzo 2011, n. 3 e Cassazione, SS.UU., 15 novembre 2007 n. 23726), il Tribunale, per completezza espositiva, ritiene di precisare che nel caso di specie ricorrono tutti i presupposti per qualificare la Fondazione come organismo di diritto pubblico, con conseguente sottoposizione degli atti impugnati alla giurisdizione del giudice amministrativo.

E' noto che la nozione di organismo di diritto pubblico di matrice comunitaria è stata recepita nell'ordinamento Italiano con l'art. 3, comma 26, del d. lgs. n. 163/2006; si tratta di una nozione che prescinde dal formale collocamento di un soggetto nel novero delle persone giuridiche pubbliche o private, ben potendo un ente con personalità di diritto privato essere riconosciuto quale organismo di diritto pubblico

Sul piano funzionale la figura dell'organismo di diritto pubblico è diretta ad intercettare le situazioni di pubblicità reale, così da assoggettare gli atti compiuti da un ente solo formalmente privato al regime proprio degli atti amministrativi, tanto sul piano sostanziale, quanto su quello processuale, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

L'art. 3 del d.l.vo 2006 n. 163 definisce «organismo di diritto pubblico» qualsiasi ente, anche in forma societaria: a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non

industriale o commerciale; b) dotato di personalità giuridica; c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico (cfr. in argomento, tra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, 09 gennaio 2013, n. 66; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574; Consiglio di Stato sez. VI 27 dicembre 2011 n. 6835).

Tutti i parametri che connotano l'organismo di diritto pubblico sono rinvenibili in capo alla Fondazione Ca' d'Industria.

Invero, dalla documentazione versata in atti e dalle allegazioni della parte resistente – non confutate dalla ricorrente sul piano fattuale – emerge che la Fondazione, dotata di personalità giuridica, è istituzionalmente e in concreto diretta ad operare in campo socio assistenziale, senza fini di lucro, prestando assistenza alle fasce più deboli della popolazione.

In tal senso lo statuto precisa (cfr. doc. 3 di parte resistente) che la Fondazione opera con lo scopo di accogliere, mantenere ed assistere soggetti anziani in grave difficoltà economica, sociale e fisica (artt. 1 e 3 dello statuto)

Si tratta con evidenza di finalità pubbliche, idonee a soddisfare l'elemento teleologico della nozione di organismo di diritto pubblico, ossia la destinazione dell'attività alla soddisfazione di esigenze di interesse generale.

Quanto al "carattere non industriale o commerciale" dell'attività, va evidenziato che la Fondazione opera senza scopo di lucro e dalla documentazione versata in atti emerge che (cfr. doc. 4 e seg.ti di parte resistente) i costi sostenuti dalla Fondazione vengono in concreto sopportati dal Comune di Como.

Del resto, in relazione al profilo in esame le deduzioni della Fondazione non sono state concretamente confutate dalla ricorrente.

In definitiva, emerge l'esistenza di relazioni finanziarie tra la Fondazione e l'ente pubblico che assicurano, secondo diverse modalità, la dazione di risorse in grado di consentire la permanenza sul mercato dell'ente di cui si tratta.

Parimenti, l'organizzazione dell'ente è caratterizzata da quella che viene normalmente definita influenza pubblica che, stando sempre a quanto previsto dall'art. 3, si può avere quando ricorrono le seguenti alternative condizioni: i) l'attività è finanziata in modo maggioritario da parte dello Stato, degli enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico; ii) la gestione è soggetta al controllo di questi ultimi; iii) l'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Nel caso di specie la sottoposizione della gestione dell'ente a controlli pubblicistici emerge dall'art. 7 dello statuto (cfr. doc. 3 di parte resistente), ove si prevede che la Fondazione è retta da un Consiglio di amministrazione - che ai sensi del successivo art. 9 assume le proprie decisioni "su qualsiasi argomento inerente l'ordinaria e straordinaria amministrazione" - composto da sette membri, 5 dei quali nominati dal Comune di Como, 1 nominato dalla Regione Lombardia e 1 nominato dalla Provincia di Como.

Ne deriva che l'organo di amministrazione, cui spettano i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione, è composto integralmente da membri designati dagli enti pubblici territoriali.

In definitiva, la Fondazione presenta i requisiti per essere qualificata come organismo di diritto pubblico, sicché gli atti da essa compiuti sono atti amministrativi e sono pertanto sottoposti al regime proprio degli atti

amministrativi.

Quindi, in relazione alla gara aggiudicata alla ricorrente e rispetto all'intervento in autotutela oggetto del ricorso in esame, la Fondazione deve essere qualificata quale "amministrazione aggiudicatrice" e, pertanto, da un lato, è sottoposta alle regole contenute nel codice dei contratti pubblici, dall'altro, soggiace alle regole processuali contenute nel codice del processo amministrativo, compresa l'attribuzione nella controversia in esame della giurisdizione al giudice amministrativo.

3) Le censure articolate nel ricorso sono strettamente connesse sul piano logico e giuridico, sicché possono essere trattate congiuntamente.

In primo luogo, va osservato che la qualifica della Fondazione come amministrazione in senso sostanziale, perché organismo di diritto pubblico, compreso tra le "amministrazioni aggiudicatrici", cui si riferisce l'art. 3 del d.l.vo 2006 n. 163, rende del tutto legittimo – contrariamente a quanto sostenuto nell'ultimo motivo di ricorso – il richiamo, emergente dal provvedimento impugnato, all'art. 1, comma 136, della legge 2004, n. 311.

Tale disposizione prevede che "al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante".

Si tratta allora di stabilire se sussistono i presupposti per l'applicazione della norma appena richiamata.

Sicuramente è rispettato il profilo temporale, atteso che l'aggiudicazione del contratto è avvenuta con deliberazione del 26.02.2010, mentre il

provvedimento impugnato è stato adottato il 30.04.2012, sicché tra i due atti non è decorso il triennio cui fa riferimento la norma.

Ne deriva l'infondatezza della censura con la quale la ricorrente lamenta che l'autoannullamento è stato disposto senza il rispetto di un termine ragionevole.

Occorre, invece, esaminare se sussiste almeno uno dei profili di illegittimità evidenziati dall'amministrazione.

Parte ricorrente esclude la sussistenza dei vizi evidenziati dall'amministrazione, sostenendo – in particolare con il primo motivo di impugnazione – che l'appalto in esame, avendo ad oggetto “servizi alberghieri e di ristorazione” sarebbe riconducibile all'allegato II B del codice degli appalti, con conseguente applicazione, ai sensi dell'art. 20 del codice, solo dell'articolo 68 (specifiche tecniche), dell'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dell'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati) del d.lvo 2006 n. 163.

La doglianza non merita condivisione.

Invero, la prospettazione della ricorrente non è decisiva, perché l'atto di autoannullamento evidenzia una pluralità di vizi non tutti correlati all'applicazione della disciplina di dettaglio contenuta nel codice degli appalti.

Il riferimento va alla ritenuta illegittimità per “mancata esclusione di FMS nonostante la presentazione da parte di quest'ultima di un'offerta condizionata comportante per la Fondazione degli oneri più gravosi di quelli stabiliti nella lettera di invito”.

Sul punto la ricorrente sostiene che il particolare vizio sarebbe insussistente, perché l'offerta presentata da FMS e valutata ai fini dell'aggiudicazione sarebbe coerente con la lettera di invito.

Si tratta di un'affermazione smentita dal contenuto della documentazione di gara.

Invero, l'art. 2 della lettera di invito si limita a riferire i dati relativi all'attività della Fondazione, considerando 182.500 giornate alimentari annue e 30.000 pasti annui, ma senza prevedere alcun minimo garantito in favore dell'aggiudicatario.

Al contrario, l'offerta dell'aggiudicataria (cfr. doc 13 di parte resistente) precisa che "il numero minimo garantito dalla Fondazione è di n. 180.000 giornate alimentari annue e di n. 30.000 pasti dipendenti annui che saranno comunque fatturati anche se non consumati".

Ne deriva che l'aggiudicazione è stata effettuata illegittimamente in favore di un'offerta difforme dalla lettera di invito e condizionata all'assunzione da parte della stazione appaltante dell'onere – non previsto dalla lex specialis – di garantire il pagamento di un certo numero di prestazioni.

Si tratta di un profilo di illegittimità che non è influenzato dalla possibilità di ricondurre l'oggetto dell'appalto nell'allegato II B del codice, perché attiene alla corrispondenza tra l'aggiudicazione e i contenuti della disciplina di gara, che integra un principio generale sotteso alla stessa nozione di lex specialis della gara e correlato alla necessità di assicurare la parità di trattamento tra i partecipanti alla procedura.

Ne consegue che il provvedimento di autoannullamento ha legittimamente individuato il vizio appena esaminato, che di per sé, da un lato, è idoneo a supportare la determinazione assunta, perché evidenzia una radicale discrasia sostanziale tra la lettera di invito e i contenuti dell'offerta in favore della quale è stata disposta l'aggiudicazione, dall'altro, consente di prescindere dalla verifica dell'esistenza delle ulteriori illegittimità evidenziate dall'amministrazione con il provvedimento di autotutela.

Sotto altro profilo la ricorrente lamenta che l'amministrazione non avrebbe considerato l'interesse privato e l'affidamento derivato dalla stipulazione del contratto, limitandosi ad invocare l'esistenza di un interesse pubblico, che, secondo la ricorrente, avrebbe una rilevanza molto limitata.

Neppure la censura ora richiamata merita condivisione.

Nel caso di specie l'amministrazione non si è limitata ad invocare l'esistenza dei presupposti per agire in autotutela, ma ha applicato la disposizione dell'art. 1, comma 136, della legge 2004 n. 311.

Si tratta di una disposizione che, consente "sempre" l'annullamento d'ufficio al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, così codificando l'unica ipotesi di annullamento d'ufficio per ragioni di pubblico interesse in re ipsa di provvedimenti che comportano un indebito esborso di danaro pubblico.

In tale situazione l'interesse privato recede necessariamente, trattandosi di una situazione in cui il legislatore ha stabilito la prevalenza dell'interesse pubblico al risparmio di spesa (cfr. in argomento tra le tante T.A.R. Bari Puglia, sez. I, 19 novembre 2012, n. 1953).

Nel caso di specie l'amministrazione ha documentato (cfr. doc. 28 di parte resistente) – senza che la controparte abbia fornito elementi idonei ad inficiare le deduzioni della Fondazione – che per effetto dell'applicazione della clausola del minimo garantito, la stazione appaltante ha sopportato ingenti oneri finanziari, pari a oltre 364.000,00 euro tra il 2010 e il 2011, ad oltre 429.000,00 euro tra il 2011 e il 2012 e ad oltre 81.000,00 euro per il residuo periodo compreso tra i mesi di marzo e maggio 2012.

Si tratta di importi consistenti, oggettivamente idonei ad incidere sul bilancio dell'amministrazione, la quale, pertanto, li ha ragionevolmente valorizzati ai fini dell'applicazione dell'art. 1, comma 136, della legge 2004 n. 311.

Ne deriva che il provvedimento impugnato sottende un adeguato interesse pubblico al risparmio di spesa, come previsto dalla norma appena richiamata, con conseguente infondatezza della doglianza articolata sul punto dalla ricorrente.

Neppure merita condivisione la censura con la quale si lamenta che

l'amministrazione, pur avendo ritenuto applicabile l'art. 1, comma 136 della legge 2004 n. 311, avrebbe illegittimamente omesso di tenere indenni i privati stessi "dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante" dall'autoannullamento.

Invero, dalla documentazione versata in atti, in particolare dalla memoria prodotta da FMS nel corso del procedimento sfociato nel provvedimento impugnato e datata 24.04.2012 (doc. 24 di parte ricorrente), non risulta che la società abbia evidenziato concreti pregiudizi derivanti dall'autoannullamento.

In tal senso, la memoria del 24.04.2012 si limita ad asserire che l'annullamento dell'aggiudicazione potrebbe comportare "conseguenze risarcitorie ... pari a diversi milioni di euro", senza alcuna concreta quantificazione, né alcuna precisazione in ordine alle voci di pregiudizio patrimoniale effettivamente subito.

In altre parole, il contraddittorio procedimentale non ha evidenziato specifici e concreti pregiudizi correlati alla caducazione d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione, sicché la circostanza che l'atto gravato non preveda un ristoro economico in favore della ricorrente non si traduce in un profilo di illegittimità dell'atto, perché riflette le risultanze del procedimento ad esso sotteso, nel corso del quale la ricorrente ha concretamente avuto modo di esporre le proprie ragioni e le proprie pretese.

Del resto, la già evidenziata ragione di illegittimità dell'aggiudicazione, consistente nella difformità tra l'offerta vittoriosa e il contenuto della lettera di invito, ha comportato un rilevante esborso economico da parte dell'amministrazione in favore della ricorrente, la quale lamenta ragioni di pregiudizio senza neppure considerare gli importi percepiti per effetto dell'illegittima operatività del meccanismo del minimo garantito, del tutto estraneo ai contenuti della *lex specialis* di gara.

Anche nel ricorso (in particolare, pag. 25 e 26) ci si limita ad asserire di avere subito un pregiudizio, allegando delle voci di costo per macchinari vari (furgoni, attrezzature di cucina, distributori automatici, etc.), ma non è in alcun modo dimostrato che le apparecchiature ora indicate non possano essere impiegate in altro modo dalla ricorrente, così da evitare ogni concreto pregiudizio.

Ne deriva che anche per il profilo in esame le doglianze formulate da FMS non meritano condivisione.

Quanto poi alla circostanza che le parti non siano giunte ad un accordo transattivo in relazione alle partite economiche derivate dal contratto stipulato, va osservato che si tratta di un profilo estraneo alla valutazione dei presupposti per l'annullamento ai sensi dell'art. 1, comma 136, della legge 2004 n. 311 e, pertanto, irrilevante ai fini della valutazione della legittimità del provvedimento impugnato.

Né merita adesione la censura con la quale si lamenta che l'atto di comunicazione di avvio del procedimento non fa riferimento all'art. 1, comma 136, della legge 2004 n. 311, perché la comunicazione ex art. 7 della legge 1990 n. 241 contiene la specifica indicazione delle ragioni di illegittimità rilevate dall'amministrazione e specifica di avere ad oggetto la verifica della legittimità della procedura di gara.

Ne deriva che, nonostante la mancanza di uno specifico richiamo all'art. 1, comma 136, della legge 2004 n. 311, la comunicazione trasmessa dall'amministrazione evidenziava l'apertura di un procedimento di riesame, indicando le ragioni di illegittimità riscontrate, così consentendo alla parte resistente di introdurre in sede procedimentale i profili di fatto e di diritto ritenuti rilevanti.

Va, pertanto, ribadito che il provvedimento impugnato si fonda sulla legittima applicazione dell'ipotesi speciale di annullamento d'ufficio prevista dalla norma appena richiamata, mentre sono infondate le censure articolate

nel ricorso.

4) In definitiva, il ricorso è infondato e deve essere respinto, mentre le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando respinge il ricorso indicato in epigrafe.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese processuali che liquida in complessivi euro 3.500,00 (tremilacinquecento), oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Alberto Di Mario, Primo Referendario

Fabrizio Fornataro, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/04/2013

IL SEGRETARIO

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