

N. 05266/2014REG.PROV.COLL.

N. 07328/2014 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.
sul ricorso numero di registro generale 7328 del 2014, proposto dalla Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Maurizio Boifava e Claudio De Portu, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via Flaminia 354;

contro

Comune di Frosinone, rappresentato e difeso dall'avv. Marina Giannetti, con domicilio eletto presso Giuseppe Naccarato in Roma, via Tagliamento 76, sc. 7, int. 8;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI LATINA, n. 627/2014, resa tra le parti, concernente affidamento dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani ed assimilati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Frosinone;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella Camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2014 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Boifava e Giannetti;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

RITENUTO:

- che la società ricorrente con il primo motivo dell'originario ricorso introduttivo lamentava che il provvedimento di revoca da essa impugnato si fondasse su elementi estranei alla precedente comunicazione di avvio del procedimento;

- che il mezzo è stato disatteso dal primo Giudice con l'osservazione che *“le ragioni giustificative del ritiro degli atti di gara sostanzialmente corrispondono a quanto rappresentato nell'avviso di procedimento”* ;

- che con il presente appello viene contestata la reiezione della doglianza, insistendosi sull'assunto che le ragioni giustificative a base dell'atto di ritiro non avrebbero trovato fondamento nella comunicazione di avvio del procedimento, rispetto alle cui motivazioni sarebbe emerso un palese contrasto;

CONSIDERATO che questo primo motivo d'appello deve essere respinto, in quanto, in sintesi :

- le risultanze che hanno indotto il Comune di Frosinone ad intervenire in autotutela sono sostanzialmente le stesse a tempo debito anticipate;

- la conclusione cui il nuovo procedimento è pervenuto era stata regolarmente prefigurata (cfr. la pag. 5 dell'avviso di procedimento);

- la definizione dell'interesse comunale giustificativo della revoca, pur solo in parte testualmente riconducibile alle indicazioni anticipate dal preventivo avviso di procedimento, si presenta comunque coerente con i contenuti di quest'ultimo atto, senza che ai riferimenti ulteriori recati dal provvedimento finale (sul venir meno

del rapporto di fiducia e sulle esigenze prudenziali poste dalla pendenza del procedimento penale) sia correlabile alcuna sorta di compromissione del contraddittorio procedimentale;

RILEVATO, infatti, che i suddetti riferimenti ulteriori del provvedimento finale non costituiscono ragioni del tutto nuove, sostitutive di quelle a suo tempo anticipate (ma, in ogni caso, mai rinnegate dall'Amministrazione, anche quando non espressamente riprodotte nel suo atto di revoca: basti ricordare la puntuale esposizione che tale atto continua ad offrire dell'ipotesi accusatoria che l'impostazione stessa della gara fosse stata condizionata da un disegno di favorire la soc. Sangalli), bensì integrano considerazioni tese solo a lumeggiare più approfonditamente le implicazioni dei fatti a base della revoca, ponendo l'accento su aspetti che il contraddittorio procedimentale avrebbe ben potuto comunque toccare;

OSSERVATO, inoltre, che l'art. 8 della legge n. 241/1990 si limita a richiedere alla P.A. di avvertire in ordine all' "*oggetto del procedimento promosso*", senza pretendere che sia anticipata anche la sua (futura) motivazione, la quale potrà essere propriamente espressa solo alla conclusione del procedimento, all'esito della valutazione finale delle risultanze e degli elementi tutti del caso concreto;

RITENUTO, pertanto, che anche quando la futura motivazione venga ipotizzata *ex ante* con la comunicazione di avvio, essa comunque non possiede valenza vincolante, sufficiente essendo che tra l'avviso di procedimento e l'atto finale sussista un rapporto di coerenza (cfr. C.d.S., IV, 17 maggio 2012, n. 2852, che ha ben chiarito come tra l'atto preannunciato con l'avviso del procedimento e quello infine emesso debba sussistere un rapporto di congruità, e non di identità, occorrendo che il provvedimento finale non rappresenti un esito imprevedibile del procedimento senza, però, che la sua motivazione debba fondarsi sugli stessi elementi già adottati in sede di comunicazione iniziale);

PUNTUALIZZATO che, se è vero che il differenziale eventualmente esistente tra le due motivazioni -quella ipotizzata *ex ante* e quella effettiva- non deve essere stato tale da sviare e, perciò, frustrare il contraddittorio procedimentale, una simile evenienza non risulta essersi verificata nella presente vicenda;

PRESO ATTO che il secondo motivo dell'originario ricorso introduttivo, vertente in tema di formazione per silenzio-assenso dell'aggiudicazione definitiva, respinto dal T.A.R., non è stato riproposto in appello;

RILEVATO, di conseguenza, che ai fini di causa diventa incontestato il punto che la revoca impugnata ha investito, quale atto terminale della procedura condotta dal Comune, un'aggiudicazione semplicemente provvisoria, e non già definitiva;

RITENUTO, altresì :

- che la ricorrente con il terzo motivo dell'originario ricorso introduttivo lamentava che l'atto impugnato fosse inficiato da un'antinomia tra le ragioni addotte dal Comune a base della revoca (nella sintesi proposta: il venir meno del rapporto di fiducia, unito all'interesse del Comune a tutelare la propria immagine) e la previsione dell'art. 38 lett. f) del d.lgs. n. 163/2006;

- che il mezzo è stato rigettato dal T.A.R. con la motivazione che *“la scelta dell'amministrazione di non dar corso all'aggiudicazione definitiva e di rinnovare la gara appare giustificata quantomeno da una elementare esigenza di trasparenza e di ripristino della credibilità dell'azione pubblica dato che, indipendentemente dall'esito del procedimento penale, le risultanze del medesimo mostrano che la gara annullata si è comunque svolta in una condizione di opacità lesiva dell'immagine dell'amministrazione”* ;

- che con il presente appello il rigetto della censura viene sottoposto a critica, deducendosi in sintesi: che la motivazione addotta dal T.A.R. non sarebbe stata coerente con le ragioni esposte dal provvedimento impugnato; che la *“condizione di opacità”* richiamata dallo stesso Tribunale sarebbe rimasta indimostrata; che la mera

pendenza di un procedimento penale non potrebbe giustificare la revoca di un'aggiudicazione, né far venir meno di per sé la fiducia nell'impresa;

CONSIDERATO che anche questo motivo d'appello deve essere respinto;

DATO ATTO che nella vicenda non è in discussione la legittimità di un'esclusione disposta ai sensi dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici (atto che sarebbe oltretutto vincolato), bensì quella di una misura di revoca (atto squisitamente discrezionale) degli atti di una gara per ragioni di interesse pubblico;

RITENUTO che la motivazione addotta dal T.A.R. si inquadra in modo coerente nell'ambito delle ragioni esposte dal provvedimento impugnato, e che la “*condizione di opacità*” richiamata dal Tribunale trova un solido ancoraggio nelle risultanze disponibili, dall'atto comunale ordinatamente esposte, la significatività delle quali non può essere esclusa *a priori* sol perché l' *iter* del processo penale non è ancora giunto al suo epilogo, ma va ammessa alla consueta condizione che le risultanze stesse siano state apprezzate dall'Amministrazione in modo logico, ponderato e proporzionato, come nella specie ha fatto il Comune di Frosinone;

SOTTOLINEATO che alla base della revoca in contestazione militano risultanze che non si esauriscono nella sfera della deontologia dell'impresa attuale appellante, ma investono in radice l'impostazione stessa della specifica gara in controversia, unitamente ai risultati concreti della relativa procedura;

CONSIDERATO, infatti, che l'ipotesi accusatoria formulata in sede penale investiva anche la redazione del bando e del capitolato della gara in questione, *lex specialis* dai cui contenuti l'attuale appellante avrebbe tratto –in tesi- indebiti vantaggi;

RILEVATO inoltre, in concreto, che quest'ultima aveva preso parte alla procedura, pur di ragguardevole valore, quale unica offerente, e che l'offerta da essa presentata recava un ribasso limitato appena allo 0,30 % , e pertanto quanto mai esiguo;

OSSERVATO che al cospetto di quanto precede l'Amministrazione era in condizione di nutrire seri dubbi –*in primis*– sulla bontà del risultato economico che la procedura seguita le aveva procurato (circostanza da sola già senz'altro idonea a giustificare la revoca in controversia), come pure sull'effettiva imparzialità delle condizioni in cui la procedura stessa si era svolta;

CONSIDERATO che la sentenza oggetto di scrutinio si presenta del tutto coerente con gli indirizzi espressi dall'uniforme giurisprudenza formatasi in materia, alla stregua dei quali:

- nelle gare pubbliche d'appalto l'aggiudicazione provvisoria è atto endoprocedimentale che determina una scelta non ancora definitiva del soggetto aggiudicatario, con la conseguenza che la possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva è un evento del tutto fisiologico, disciplinato dagli artt. 11 comma 11, 12 e 48 comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, inidoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile ed obbligo risarcitorio, qualora non sussista nessuna illegittimità nell'operato dell'Amministrazione, a prescindere dall'inserimento nel bando di apposita clausola che preveda l'eventualità di non dare luogo alla gara o di revocarla (C.d.S., III, 28 febbraio 2014, n. 942; 26 settembre 2013, n. 4809);

- la natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili tipica dell'aggiudicazione provvisoria non consente, quindi, di applicare nei suoi riguardi la disciplina dettata dagli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della legge n. 241/1990 in tema di revoca e annullamento d'ufficio (C.d.S., V, 20 agosto 2013, n. 4183): la revoca dell'aggiudicazione provvisoria (ovvero, la sua mancata conferma) non è, difatti, qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario, dal momento che l'aggiudicazione provvisoria non è l'atto conclusivo del procedimento: sicché nei relativi casi nessun

pregio ha la censura di carente esplicitazione delle ragioni di pubblico interesse sottese alla revoca (V, 20 aprile 2012, n. 2338);

- fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva rientra, dunque, nel potere discrezionale dell'Amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara (VI, 6 maggio 2013, n. 2418);

- inoltre, la determinazione di non giungere alla naturale conclusione della gara che sia intervenuta nella fase dell'aggiudicazione provvisoria, fase in cui non si è determinato alcun affidamento qualificato neppure in capo all'aggiudicatario provvisorio (titolare tutt'al più di una mera aspettativa di fatto), non obbliga la Stazione appaltante ad alcuna comunicazione di avvio del procedimento, né all'aggiudicatario provvisorio, né a maggior ragione alle ditte escluse dalla gara stessa (V, 18 luglio 2012, n. 4189);

SOGGIUNTO, per completezza, che la giurisprudenza ha altresì chiarito:

- che pure dopo l'aggiudicazione definitiva non è precluso all'Amministrazione appaltante di revocarla, in presenza di un interesse pubblico concreto specificamente indicato nella motivazione del provvedimento di autotutela (C.d.S., III, 26 settembre 2013, n. 4809; 11 luglio 2012, n. 4116);

- che l'Amministrazione, invero, è notoriamente titolare del generale potere, riconosciuto dall'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990, di revocare un proprio precedente provvedimento amministrativo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, oppure nel caso di un mutamento della situazione di fatto, o infine di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario;

- che, con riguardo alle procedure ad evidenza pubblica, è pertanto legittimo il provvedimento con il quale la Stazione appaltante proceda, in autotutela, alla revoca dell'intera procedura di gara dopo averne individuato i presupposti, ad es.,

nei sopravvenuti motivi di pubblico interesse di natura economica derivanti da una forte riduzione dei trasferimenti finanziari, nonché da una nuova valutazione delle esigenze nell'ambito dei bisogni da soddisfare, a seguito di una ponderata valutazione che evidenzi la non convenienza di procedere all'aggiudicazione sulla base del capitolato predisposto precedentemente, al fine di ottenere un risparmio economico (III, 30 luglio 2013, n. 4026); oppure, sempre esemplificativamente, quando i criteri di selezione risultino suscettibili di produrre effetti indesiderati o comunque illogici (V, 7 giugno 2013, n. 3125); o per la mancanza di risorse economiche idonee a sostenere la realizzazione dell'opera (III, 26 settembre 2013, n. 4809);

OSSERVATO, in conclusione, che per tutto quanto precede, il presente appello deve essere respinto in quanto infondato, con la conseguente liquidazione delle spese processuali del presente grado secondo la soccombenza;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna l'appellante al rimborso al Comune di Frosinone delle spese processuali del presente grado, che liquida nella misura complessiva di euro cinquemila, oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **23/10/2014**

IL SEGRETARIO

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