



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 536 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

No Gap Controls S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Teresio Bosco e Giuseppe
Rusconi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Torino, via Susa, 40;

contro

A.S.L. AT di Asti, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e
difesa dagli avv. Anna Casavecchia e Marco Casavecchia, con domicilio eletto
presso il loro studio in Torino, via Paolo Sacchi, 44;

nei confronti di

Conteco S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Sesana, con domicilio
eletto presso lo studio dell'avv. Teresa Surianello in Torino, corso Vittorio
Emanuele II, 198 *bis*;

per l'annullamento

della nota prot. n. 90/10018 del 19/3/2010, con la quale si è comunicato alla
ricorrente la revoca dell'affidamento dell'appalto di servizi avente ad oggetto la

supervisione, il coordinamento, la verifica in corso d'opera e la validazione del progetto esecutivo delle opere per la realizzazione del nuovo presidio ospedaliero della Valle Belbo;

della determinazione 18.3.2010 n. 38/GITI;

della nota prot. 1204/67/7915 del 4.3.2010 ed allegato contratto d'appalto revisionato;

di ogni provvedimento presupposto, preordinato, consequenziale e/o comunque connesso, ivi comprese la lettera d'invito prot. n. 1925/473 del 28.1.2009 e la bozza del contratto d'appalto allegato e con particolare riferimento all'eventuale aggiudicazione ad impresa terza.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'A.S.L. AT di Asti e di Conteco S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2011 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Società ricorrente ha partecipato alla procedura di cottimo fiduciario indetta dall'Azienda Sanitaria Locale (A.S.L.) di Asti, ai sensi dell'art. 125 del d.lgs. n. 163/2006, per l'affidamento del servizio avente ad oggetto la supervisione, il coordinamento, la verifica in corso d'opera e la validazione del progetto esecutivo per la realizzazione del nuovo presidio ospedaliero della Valle Belbo.

Con nota del 6 marzo 2009, la stazione appaltante comunicava l'aggiudicazione definitiva della gara alla ricorrente.

Con la sottoscrizione di tale comunicazione, l'aggiudicataria dava anticipatamente avvio alle prestazioni contrattuali, come da espressa richiesta della stazione appaltante.

Riferisce la ricorrente che, a partire dal mese di luglio del 2009, l'improvvisa interruzione del flusso di documentazione da parte dell'amministrazione non le avrebbe più permesso di svolgere il servizio; essa ricollega la circostanza alla pendenza di un ricorso giurisdizionale, del quale non era stata informata dalla stazione appaltante, che metteva in discussione l'affidamento del servizio di progettazione su cui avrebbero dovuto svolgersi la verifica e la validazione.

Anche la stipulazione del contratto subiva ritardi, essendo insorti contrasti fra le parti in ordine al testo definitivo.

Con atto notificato il 5 febbraio 2010, la ricorrente metteva in mora l'A.S.L. relativamente alle spese sostenute per l'esecuzione anticipata del servizio.

Con nota del 4 marzo 2010, l'amministrazione invitava la ricorrente alla sottoscrizione del contratto d'appalto, fissata per il successivo giorno 11.

Controdeduceva la ricorrente con nota del 11 marzo 2010, affermando che il citato atto di costituzione in mora imponeva l'adozione di apposite determinazioni pregiudiziali alla stipula del contratto.

Con determinazione del 18 marzo 2010, infine, l'amministrazione revocava l'affidamento dell'appalto.

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, l'esponente impugna l'atto del 19 marzo 2010, con cui le era stato comunicato il provvedimento di revoca, deducendo motivi di gravame così articolati:

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 7 della legge 241/90. Mancato avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva. Carezza di istruttoria e violazione dei principi in materia di contraddittorio.

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 *quinquies* della legge 241/90. Violazione dei principi che sorreggono l'esercizio del potere di autotutela. Eccesso di potere e travisamento dei fatti.

La ricorrente chiede, in conclusione, che sia disposto l'annullamento del provvedimento impugnato, il risarcimento dei danni in forma specifica o, in subordine, per equivalente nonché il rimborso di quanto dovuto per le prestazioni già espletate in conseguenza della consegna anticipata.

Si è costituita in giudizio l'A.S.L. di Asti, eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

Con ricorso per motivi aggiunti successivamente notificato, l'esponente ha impugnato la citata determinazione 18/3/2010 ed esteso il contraddittorio alla Conteco S.p.a., nuova affidataria del servizio, deducendo nuovi motivi di gravame così articolati:

III) Illegittimità in via derivata dei vizi di cui sono affetti gli atti impugnati con ricorso principale.

IV) Illegittimità per vizi suoi propri: violazione e falsa applicazione degli artt. 11, 88 e 79 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

La controinteressata si è costituita in giudizio, opponendosi all'accoglimento del ricorso con comparsa di stile.

In prossimità della pubblica udienza, la ricorrente e l'amministrazione hanno depositato memorie difensive e di replica; la difesa della A.S.L., tra l'altro, ha introdotto l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito.

Il ricorso è stato chiamato all'udienza del 10 marzo 2011 e, previa trattazione orale, è stato ritenuto in decisione.

Ha fatto seguito la pubblicazione del dispositivo di sentenza n. 255 del 10 marzo 2011.

DIRITTO

1) E' controversa, nel presente giudizio, la legittimità del provvedimento dirigenziale in data 18 marzo 2010, con cui l'A.S.L. di Asti ha revocato l'affidamento dell'appalto del servizio descritto in premessa, oggetto di un procedura di cottimo fiduciario definitivamente aggiudicata alla ricorrente con determinazione del 4 marzo 2009.

La motivazione del provvedimento impugnato valorizza essenzialmente due circostanze a sostegno della revoca:

- l'operatore economico si sarebbe "astenuo arbitrariamente e per volontà unilaterale, dal mese di giugno 2009, dall'erogazione delle prestazioni" che gli erano state affidate nelle more della stipulazione del contratto, rendendosi così "responsabile di grave inadempimento contrattuale";

- il medesimo operatore, "non avendo rispettato il termine essenziale prescritto da questa amministrazione per la sottoscrizione del contratto di appalto", avrebbe "manifestato il proprio rifiuto al perfezionamento dello stesso".

2) Con la memoria depositata il 21 febbraio 2011, la difesa dell'amministrazione introduce, seppure in forma dubitativa, l'eccezione inerente il difetto di giurisdizione del giudice adito, rilevando che la revoca dell'affidamento disposta per inadempimenti successivi all'aggiudicazione costituirebbe fattispecie sottratta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di appalti.

L'eccezione non ha pregio.

Il provvedimento impugnato - con cui l'amministrazione è intervenuta in via di autotutela, prima della stipulazione del contratto di appalto, sull'aggiudicazione conseguita dalla ricorrente - costituisce, infatti, esercizio di un potere discrezionale di tipo autoritativo, a fronte del quale è ravvisabile in capo al privato una posizione di interesse legittimo che radica la generale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo.

3) Va parimenti disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso introdotta dalla difesa dell'amministrazione con la memoria di costituzione in giudizio.

Osserva l'eccepiente che l'impugnata determinazione dirigenziale non si limita a disporre la revoca dell'aggiudicazione definitiva della gara, ma provvede contestualmente alla nuova aggiudicazione definitiva a favore di Conteco S.p.a.

A quest'ultima impresa, nella sua veste di controinteressata, andava conseguentemente notificato, a pena di inammissibilità, il ricorso introduttivo.

La ricorrente controdeduce, in sede di motivi aggiunti, precisando di aver preso conoscenza della nuova aggiudicazione nonché del nominativo dell'aggiudicataria solo attraverso la documentazione depositata in giudizio dall'amministrazione, atteso che la comunicazione del 19 marzo 2010, impugnata con il ricorso principale, non ne faceva menzione.

In effetti, l'impugnazione dispiegata con l'atto introduttivo del giudizio investe in principalità la menzionata comunicazione 19/3/2010; tale atto non individua la nuova aggiudicataria.

E' vero che nell'epigrafe del ricorso veniva indicata, fra gli altri provvedimenti impugnati, anche la determinazione del 18 marzo, contenente la nuova aggiudicazione, ma l'utilizzo della formula "così come richiamata dalla citata nota prot. n. 90/10018 del 19/03/2010" lasciava intendere che la ricorrente non avesse preso direttamente conoscenza del provvedimento in parola.

Non essendo stato dimostrato che la ricorrente avesse avuto contezza dell'identità della controinteressata al momento della presentazione del ricorso, non può ritenersi che la mancata evocazione in giudizio della controinteressata medesima dia luogo ad inammissibilità del gravame (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 11 ottobre 2004, n. 13643).

4) Con il primo motivo di ricorso, l'esponente denuncia la violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, assumendo che l'impugnata determinazione di revoca

non sarebbe stata preceduta dalla comunicazione di avvio del relativo procedimento, in difetto di dichiarate ragioni di urgenza atte a giustificare l'omissione.

Precisa la deducente che la comunicazione del 4 marzo 2010, con cui la stazione appaltante aveva invitato l'impresa alla stipulazione del contratto, pena risoluzione in danno dell'appaltatore, non potrebbe essere considerata alla stregua di comunicazione di avvio del procedimento conclusosi con un provvedimento di tipo diverso, ossia la revoca dell'aggiudicazione definitiva.

Premesso che l'esercizio del potere di autotutela avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva non può prescindere (di regola e salvo quanto si preciserà *infra* circa l'effettiva natura giuridica del provvedimento qui impugnato) dalla preventiva comunicazione di avvio del procedimento, la censura in esame risulta, tuttavia, destituita di giuridico fondamento.

La menzionata comunicazione 4/3/2010 constava, infatti, di una puntigliosa ricostruzione delle vicende successive all'aggiudicazione della gara e si soffermava, in particolare, sulle conseguenze di un definitivo rifiuto dell'impresa a stipulare il contratto, con la precisazione che esso avrebbe fatto venir meno "la conservazione dell'affidamento".

Pur essendo evidente l'improprietà terminologica contenuta nella comunicazione (ove si parla di risoluzione in luogo di revoca dell'aggiudicazione), non può tuttavia ritenersi, alla luce dei contenuti della comunicazione medesima, che tale imprecisione impedisse alla destinataria di coglierne senza equivoci il significato sostanziale e di apprezzare il tipo di potere che l'amministrazione intendeva esercitare nel caso di inutile decorrenza del termine fissato per la stipulazione.

La comunicazione in parola, pertanto, ha assolto la funzione individuata dall'art. 7 della legge n. 241/1990 in quanto, attraverso di essa, il privato è stato posto in condizioni di esercitare le garanzie partecipative nell'ambito del procedimento.

5) Con il secondo motivo di ricorso, l'esponente denuncia la violazione dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990, poiché nella fattispecie non sarebbe dato riscontrare alcuno dei presupposti (sopraggiunti motivi di interesse pubblico, mutamento di situazioni di fatto, nuova valutazione dell'interesse pubblico originario) che, ai sensi di tale disposizione, legittimano l'amministrazione a disporre la revoca di un provvedimento amministrativo ad efficacia durevole.

Soggiunge che l'amministrazione avrebbe dovuto considerare, nel contemperamento degli interessi in gioco, anche l'affidamento dell'aggiudicataria alla stipula del contratto, da ritenersi rafforzato per via dell'esecuzione anticipata e dell'attività già svolta.

Nel merito, la deducente contesta la fondatezza delle circostanze poste a presupposto della revoca, rilevando che la mancata stipulazione del contratto esclude la configurabilità di inadempienze contrattuali e che, per quanto concerne il preteso rifiuto alla stipulazione, sarebbe stata proprio l'amministrazione, con un atteggiamento dilatorio determinato dalla pendenza di altro ricorso giurisdizionale, a sottrarsi a tale incumbente.

Neppure queste argomentazioni risultano idonee ad evidenziare la sussistenza dei denunciati vizi di legittimità.

Ripercorrendo a ritroso le doglianze formulate dalla ricorrente, va innanzitutto rilevato come l'inconferenza del riferimento alle pretese inadempienze contrattuali (la cui sussistenza è ontologicamente esclusa dalla mancata stipulazione del contratto) non vale di per sé a rendere illegittimo il provvedimento impugnato, trattandosi di atto plurimotivato, nello specifico giustificato anche con riferimento al rifiuto di stipulare il contratto da parte dell'impresa.

A quest'ultimo riguardo, non assume rilievo il lungo lasso di tempo intercorso dall'aggiudicazione - tale da fondare il diritto dell'impresa a sciogliersi dal vincolo

derivante dall'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'art. 11, comma 9, d.lgs. n. 163/2006 – né l'eventuale addebitabilità del precedente ritardo all'amministrazione committente, dal momento che, come comprovato dalla documentazione in atti, è stata proprio l'amministrazione a sollecitare la sottoscrizione del contratto, fissando anche una data ultimativa per l'incombente, mentre l'impresa vi si è ripetutamente sottratta, adducendo l'esigenza di apportare modifiche allo schema di contratto che era stato accettato in sede di gara.

Ciò premesso, **la revoca dell'aggiudicazione si configurava come atto necessitato, atteso che la mancanza di accordo sull'esito naturale di tale provvedimento (la stipula del contratto) rendeva lo stesso incapace di produrre alcun effetto utile (cfr. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 3 agosto 2010, n. 597).**

Il potere esercitato nella fattispecie non può essere ricondotto, pertanto, alla figura della revoca disciplinata dall'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990, trattandosi di potere sanzionatorio con effetti decadenziali, mediante il quale l'amministrazione reagisce alla mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicataria.

La natura vincolata dell'atto esclude, infine, che lo stesso andasse sottoposto alla ponderazione di interessi tipica dei provvedimenti discrezionalmente assunti in via di autotutela.

6) Con il ricorso per motivi aggiunti, l'esponente sottopone a censura la determinazione di affidamento del servizio a Conteco S.p.a., deducendo il vizio di illegittimità derivata nonché vizi propri, riassumibili come segue:

- l'amministrazione avrebbe dovuto effettuare una nuova gara, anziché procedere allo scorrimento della graduatoria della gara precedente, poiché era da tempo scaduto il termine di 180 giorni, previsto dall'art. 11, comma 6, d.lgs. n. 163/2006, entro il quale l'offerta è vincolante;

- l'importo indicato nel contratto di appalto stipulato con la nuova aggiudicataria non è stato decurtato in misura pari all'importo che andrà corrisposto alla ricorrente, a fronte delle prestazioni da questa rese in via anticipata;
- prima di procedere alla nuova aggiudicazione, la stazione appaltante avrebbe dovuto sottoporre a verifica di anomalia l'offerta di Conteco;
- l'amministrazione, violando la prescrizione di cui all'art. 79, comma 5, d.lgs. n. 163/2006, non ha comunicato alla ricorrente il nominativo della nuova aggiudicataria.

La censura di illegittimità derivata va, ovviamente, disattesa, stante l'insussistenza dei vizi di legittimità che, secondo quanto dedotto con il ricorso introduttivo, avrebbero inficiato il provvedimento di revoca della precedente aggiudicazione.

E' destituita di fondamento la prima censura inerente presunti vizi propri della determinazione impugnata con i motivi aggiunti, poiché il termine *ex art. 11*, comma 6, d.lgs. n. 163/2006, è posto a tutela del concorrente il quale è vincolato all'offerta solo fino alla sua scadenza; ciò non impedisce che la stazione appaltante possa chiederne il differimento (come espressamente previsto dal terzo periodo del comma 6), restando libero il concorrente di aderire o meno alla richiesta.

La ricorrente non ha interesse a dedurre la seconda e la terza censura, siccome riferite a irregolarità che si sarebbero verificate in una fase nella quale essa, per effetto della revoca dell'aggiudicazione precedentemente disposta in suo favore, era già stata estromessa dalla procedura di affidamento.

Non ha pregio, infine, la quarta censura, sia perché la posizione della ricorrente non è assimilabile a quella dei soggetti individuati dall'art. 79, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 163/2006, sia perché l'omissione della comunicazione, in ogni caso, non ha impedito alla ricorrente di impugnare la nuova aggiudicazione con motivi aggiunti.

7) Il ricorso, in conclusione, è infondato e deve essere respinto.

Tale conclusione si impone anche per la domanda di risarcimento dei danni, genericamente dedotta e fondata unicamente sull'asserita illegittimità dei provvedimenti impugnati.

La domanda di pagamento del corrispettivo (o di rimborso delle somme dovute) per le prestazioni già eseguite, riguardando l'esecuzione del rapporto, sia pure anticipata rispetto alla stipulazione del contratto, appartiene alla competenza del giudice ordinario.

8) Ritiene il Collegio, in considerazione delle peculiarità della controversia, che le spese di lite vadano integralmente compensate fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario, Estensore

Ariberto Sabino Limongelli, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/03/2011

IL SEGRETARIO

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