

APPALTI - REVOCA PROVVEDIMENTI - PRESUPPOSTI - ONERE MOTIVAZIONE

La revoca dei provvedimenti amministrativi è legittima qualora, nel rispetto del contraddittorio con l'interessato, la motivazione addotta dia atto delle effettive ragioni a sostegno dello *ius poenitendi*, dell'interesse pubblico ad esso sotteso e della prevalenza dello stesso rispetto all'interesse del privato.

TAR Lombardia, Milano, Sez. I, sentenza n. 598/2020

Pubblicato il 06/04/2020

N. 00598/2020 REG.PROV.COLL.

N. 01831/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1831 del 2019, proposto da Car Segnaletica Stradale S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Trenord S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Geninatti Satè e Yari Mori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento datato 4 luglio 2019, pubblicato sulla G.U. dell'11 luglio 2019, comunicato con pec del 2 agosto 2019, con cui Trenord s.r.l. ha disposto la revoca della procedura di gara avente ad oggetto il servizio di pellicolatura, verniciatura e manutenzione arredi di rotabili ferroviari, CIG: 63623129f2, per un valore stimato di € 1.944.000,00 oltre I.V.A.;
- della “nota interna” del 1° luglio 2019, ivi richiamata quale parte integrante della motivazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Trenord s.r.l.;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 febbraio 2020 la dott.ssa Valentina Mameli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato il 10 agosto 2015 Trenord s.r.l. indiceva una procedura ristretta per l'affidamento del servizio di pellicolatura, verniciatura e piccola manutenzione degli arredi di rotabili ferroviari, CIG 63623129f2, per un valore stimato di € 1.944.000,00 oltre IVA.

1.1. La lettera di invito prevedeva l'affidamento del servizio per la durata di 24 mesi, con possibilità di rinnovo per ulteriori 12 mesi. Il metodo di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.2. Alla gara prendeva parte, tra le altre società, la ricorrente.

1.3. Valutate le offerte tecnica ed economica, le concorrenti conseguivano i seguenti punteggi complessivi:

I. Consorzio GISA, punti 100,00

II. Esanastri, punti 89,41

III. Soceb, punti 68,24

IV. Car Segnaletica Stradale, punti 62,35.

1.4. La stazione appaltante, ritenute incongrue le offerte presentate da tutti i concorrenti, ad eccezione di quella presentata dalla Soceb, aggiudicava la gara a quest'ultima.

2. Car Segnaletica Stradale proponeva ricorso (rubricato al numero RG 139/2018) dinanzi a questo Tribunale che con sentenza n. 1334 del 24 maggio 2018, in accoglimento del gravame, annullava l'aggiudicazione, ritenendo illegittimi sia il giudizio di anomalia dell'offerta presentata dalla ricorrente, sia la congruità dell'offerta presentata dalla Soceb, da ritenersi in realtà *“insostenibile, priva dei caratteri di serietà ed affidabilità”*.

3. Trenord con provvedimento del 6 giugno 2018, preso atto della sentenza, annullava l'aggiudicazione in favore della Soceb e disponeva la riapertura della procedura di gara.

3.1. Chiedeva quindi alla Car Segnaletica Stradale di giustificare in maniera puntuale la propria offerta.

3.2. All'esito del subprocedimento, pur ritenuta congrua l'offerta della ricorrente, la stazione appaltante confermava l'aggiudicazione in favore della Soceb, in virtù dei giustificativi a suo tempo inviati dalla Soceb stessa.

4. Car Segnaletica Stradale proponeva quindi un nuovo ricorso (rubricato al numero RG 1909/2018), che veniva definito con la sentenza n. 530 del 12 marzo 2019 con cui questo Tribunale accoglieva il gravame ritenendo che *“la stazione appaltante non poteva certo limitarsi (così come invece ha fatto: si veda il verbale della Commissione giudicatrice del 4.06.2018) a integrare la motivazione di congruità dell'offerta della società Soceb S.r.l. con i giustificativi a suo tempo presenti in sede di subprocedimento di verifica dell'anomalia da parte della concorrente. Questo Tribunale ha già stabilito che l'offerta*

dell'aggiudicataria era «insostenibile, priva dei caratteri di serietà ed affidabilità», che il costo dei materiali superava il corrispettivo chiesto dalla società medesima per i rotabili tipo 425 Coradia. E' evidente, pertanto, che non potevano essere vecchi preventivi e vecchie relazioni a suo tempo già esaminate a consentire il superamento delle criticità già sanzionate da questo Giudice, con la conseguenza che l'offerta di Soceb S.r.l. continua a essere anomala e la nuova aggiudicazione dell'appalto a suo favore illegittima».

5. Nel frattempo, in pendenza del giudizio, Trenord, con nota del 12 settembre 2018, indicava una procedura negoziata allo scopo di affidare il servizio per il tempo necessario alla definizione del giudizio stesso.

5.1. Car Segnaletica si aggiudicava questa “gara ponte”, con conseguente affidamento dei servizi di manutenzione per il periodo di 6 mesi con decorrenza 1° ottobre 2018. La scadenza del contratto veniva stabilita al 31 marzo 2019.

6. Non eseguendo Trenord la sentenza n. 530/2019 nonostante la notifica della stessa e la richiesta della ricorrente, la società proponeva ricorso *contra silentium* (RG 1387/2019).

7. Con provvedimento del 4 luglio 2019, richiamata la nota interna del 1° luglio 2019, il responsabile del procedimento disponeva la revoca della gara, in ragione del tempo trascorso dall'indizione della procedura (agosto 2015), che privava di interesse la prosecuzione della stessa, anche considerate le modifiche intervenute agli asset delle flotte rotabili.

8. Avverso tale determinazione la Car Segnaletica Stradale proponeva il ricorso indicato in epigrafe, chiedendo l'annullamento del provvedimento, previa tutela cautelare.

9. Si costituiva in giudizio Trenord, resistendo al ricorso e chiedendone il rigetto.

10. Con ordinanza n. 1125 del 13 settembre 2019 questo Tribunale rigettava la domanda cautelare.

11. Con ordinanza n. 5372 del 25 ottobre 2019 il Consiglio di Stato sez. V accoglieva l'appello cautelare, disponendo la sollecita fissazione della pubblica udienza per la definizione della controversia.

12. In vista della trattazione nel merito le parti depositavano scritti difensivi, insistendo nelle rispettive conclusioni.

13. Indi all'udienza pubblica del 26 febbraio 2020 la causa veniva chiamata e trattenuta per la decisione.

DIRITTO

14. Il ricorso proposto è affidato ai motivi di gravame di seguito sintetizzati:

I) incompetenza, carenza di potere, violazione dell'art. 31 del codice dei contratti, violazione del principio del *contrarius actus*: il provvedimento di revoca è stato adottato dal R.U.P. Tuttavia tale provvedimento non rientrerebbe tra i poteri del responsabile unico del procedimento.

II) violazione dell'art. 21^{quiquies} della L. 241/1990, difetto di adeguata motivazione, violazione dell'art. 3 L. 241/1990, motivazione apparente, sviamento di potere, elusione del giudicato: il provvedimento di revoca, motivato in relazione alle “mutate esigenze” della stazione appaltante con riferimento alla composizione della “flotta”, sarebbe supportato da affermazioni del tutto generiche, incongruenti ed irrilevanti rispetto al contenuto della *lex specialis*. La gara infatti sarebbe stata bandita ed esperita per eseguire gli interventi di manutenzione su qualsiasi tipologia di rotabile. Nella “nota interna” richiamata nella premessa del provvedimento si motiva la richiesta di revoca in quanto non sarebbero più in servizio i rotabili di tipo EB740 ed EA750, mentre vi sarebbe stato un aumento delle composizioni VIVALTO e TAF. Tuttavia i rotabili EB740 sarebbero stati dismessi già prima della gara, tant'è che nell'elenco contenuto nel capitolato tecnico non è indicato neppure un rotabile di tale tipologia; i rotabili di tipologia EA 750 facenti parte della flotta nel momento in cui è stata bandita la gara sarebbero stati appena 6, pari

allo 0,3% del numero complessivo di rotabili (1949), con conseguente irrilevanza della loro dismissione; le composizioni VIVALTO e TAF erano già comprese in misura consistente nell'elenco dei rotabili oggetto di intervento, e l'eventuale incremento di numero non avrebbe alterato né l'oggetto né le condizioni della gara.

Inoltre il capitolato tecnico, a pag. 7, contemplerebbe anche l'ipotesi che nel corso dell'appalto sia necessario trattare anche tipologie di rotabili diverse da quelle elencate.

15. Il Collegio osserva che la ricorrente non nega che la stazione appaltante possa astrattamente revocare una gara per sopravvenuta inattualità dell'interesse, ma deduce la necessità di una motivazione puntuale e contestualizzata, che non sussisterebbe nel caso di specie.

15.1. La difesa di Trenord replica che la revoca della procedura di gara in questione sarebbe assistita da congrua e adeguata motivazione, in quanto, a causa del lungo lasso di tempo trascorso dalla relativa indizione, la flotta originariamente interessata dal servizio oggetto della procedura sarebbe mutata per oltre il 60%, con la conseguenza che la maggior parte delle vetture oggetto del contratto sarebbero state nel frattempo dismesse.

16. La tesi della stazione appaltante non è condivisibile.

17. Va premesso, in termini generali, che in tema di revoca dei provvedimenti amministrativi ed in sede di interpretazione ed applicazione dell'art. 21-*quinquies* della L. n.241/1990 la giurisprudenza è concorde nell'affermare che “*i presupposti del valido esercizio dello ius poenitendi sono definiti dall'art. 21-quinquies (per come modificato dall'art. 25, comma 1, lett. b-ter, d.l. n. 133 del 2014) con formule lessicali (volutamente) generiche e consistono nella 'sopravvenienza di motivi di interesse pubblico', nel 'mutamento della situazione di fatto' (purchè imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento) ed in una 'rinnovata (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico originario'*

(tranne che per i provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici)” (CGARS 21 ottobre 2019 n. 917; Cons. Stato sez. III, 29 novembre 2016 n.5026).

17.1. Nel declinare in concreto le ipotesi previste dalla norma la giurisprudenza ha precisato che *“un’esegesi ed un’applicazione della disposizione in esame che siano coerenti con i principi generali dell’ordinamento della tutela della buona fede, della lealtà nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione e del buon andamento dell’azione amministrativa (che ne implica, a sua volta, l’imparzialità e la proporzionalità) impongono, (...), la lettura e l’attuazione della norma secondo i canoni stringenti di seguito enunciati:*

a) la revisione dell’assetto di interessi recato dall’atto originario dev’essere preceduta da un confronto procedimentale con il destinatario dell’atto che si intende revocare;

b) non è sufficiente, per legittimare la revoca, un ripensamento tardivo e generico circa la convenienza dell’emanazione dell’atto originario;

c) le ragioni addotte a sostegno della revoca devono rivelare la consistenza e l’intensità dell’interesse pubblico che si intende perseguire con il ritiro dell’atto originario;

d) la motivazione della revoca dev’essere profonda e convincente, nell’esplicitare, non solo i contenuti della nuova valutazione dell’interesse pubblico, ma anche la sua prevalenza su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario a lui favorevole” (Cons. Stato n.5026/2016 cit.).

17.2. Quando si appunta sulle caratteristiche dell’oggetto dell’appalto il ripensamento dell’Amministrazione deve fondarsi sulla sicura verifica dell’inidoneità della prestazione descritta nella *lex specialis* a soddisfare le esigenze contrattuali che hanno determinato l’avvio della procedura.

18. Venendo al caso di specie e facendo applicazione dei principi sopra ricordati va rilevato quanto segue.

18.1. Il provvedimento del 4 luglio 2019 con cui Trenord ha disposto la revoca della gara è affidato alla seguente motivazione che sembra utile riportare nella sua integralità:

“Facendo riferimento alla Nota Interna in data 1° luglio 2019 della Direzione Operativa e della Direzione Manutenzione avente ad oggetto l'Attività di pellicolatura dei rotabili”; considerato che la procedura di gara in oggetto è stata bandita in data 8 agosto 2015, per mesi 24 rinnovabili di altri 12, e che non è tuttora pervenuta ad aggiudicazione, in ragione del contenzioso amministrativo instauratosi; rilevato che questo intervallo di tempo depriva di interesse la prosecuzione della procedura, principalmente in ragione del fatto che la flotta oggetto degli interventi originariamente posti a base di gara è nel frattempo radicalmente mutata (per numero e per tipologia), con la conseguenza che gli interventi al tempo richiesti non rispondono più, né quantitativamente, né qualitativamente, alle caratteristiche dei mezzi cui tali interventi erano originariamente destinati (come del resto dimostra il fatto che la procedura era stata bandita per interventi da svolgere nell'arco di due anni, più uno eventualmente rinnovabile, proprio considerando che in tale arco temporale, ad oggi ampiamente superato, le esigenze sarebbero mutate, dovendosi quindi anche ritenere che la sopravvenuta insussistenza dell'interesse pubblico è chiaramente conoscibile da parte dei terzi); ritenuto quindi che ricorrano i presupposti di cui all'art. 21 quinquies, della Legge n. 241/1990, fonte del potere di revocare la procedura in presenza di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento di indizione della gara”.

18.2. Con la nota interna del 1° luglio 2019, richiamata nel provvedimento, si propone la revoca della procedura sulla base delle seguenti valutazioni:

“considerato il notevole periodo di tempo trascorso dalla pubblicazione del bando della gara relativa alla pellicolatura del materiale rotabile, avvenuta nel mese di agosto del 2015; alla luce delle mutate esigenze di pellicolatura e decoro della flotta nel frattempo intervenute, per modifiche agli asset delle stesse flotte (quali, a titolo esemplificativo, EB 740 e EA 750 non più in servizio, aumento delle composizioni Vivalto e TAF), con la conseguenza che le quantità per tipologia di interventi poste a base della gara non risultano poi attuali, stante la previsione di arrivo di nuovi rotabili già a partire dal prossimo autunno, il che consentirà - soprattutto a partire dal 2020 - di mettere fuori servizio ed alienare una buona parte dei rotabili più vecchi,

determinando così di fatto una variazione del mix dell'asset rotabili e conseguenti nuove esigenze nei prossimi anni che non risulteranno più allineate a quanto oggetto di gara, tutto ciò premesso, per le motivazioni sopra esposte si ritiene che l'oggetto e le quantità poste a base della richiamata gara del 2015 non siano più attuali, ragion per cui procederemo con l'individuazione delle rinnovate esigenze e quindi con l'emissione di una nuova Richiesta di Acquisto cui saranno allegati un nuovo Capitolato Tecnico ed i relativi nuovi quantitativi per tipologia di rotabili aggiornata”.

19. Ciò posto, va osservato che il servizio richiesto da Trenord riguarda, secondo quanto indicato nella lettera di invito, la pellicolatura, la verniciatura e la piccola manutenzione di arredi dei rotabili.

19.1. Nel capitolato tecnico, dopo aver elencato le tipologie di rotabili “*su cui potranno essere eseguite le attività*”, si precisa (art. 2) che “*Le tipologie dei rotabili con la relativa quantità associata, sono quelle dell’asset Trenord tra le quali saranno individuate quelle che potranno essere oggetto di pellicolatura e non indicano lo scopo del servizio richiesto in quanto parte dei rotabili sono già correttamente pellicolati. Qualora nel corso dell’appalto si rilevasse l’esigenza di trattare un’ulteriore diversa tipologia di rotabile l’appaltatore sottoporrà ai Committente una proposta del figurino della livrea e successiva definizione di un prototipo sul quale sarà necessario acquisire il benestare del committente. Per la definizione del nuovo prezzo si procederà quindi sulla base dei prezzi unitari di rotabili simili già presenti in contratto*”.

19.2. L’art. 5 del medesimo capitolato reca la descrizione delle attività richieste indicate nei seguenti termini: pellicolatura cassa esterna e degli ambienti interni delle carrozze, pellicolatura cristalli, trattamento protettivo antigraffito interno cassa rotabili, verniciature, trattamento pavimento, riparazioni, prestazioni occasionali. Per ciascuna di tali attività vengono poi declinate attività di dettaglio, non espressamente riferite ad una specifica tipologia di rotabili.

20. Tenuto conto delle predette prescrizioni della *lex specialis* deve rilevarsi che le prestazioni indicate non si riferiscono a specifiche categorie di rotabili, essendo all'evidenza fungibili per qualunque tipo di rotabile.

20.1. Inoltre, per la formulazione letterale del capitolato tecnico, l'indicazione dei rotabili ivi contenuta è posta in termini meramente ricognitivi delle tipologie facenti parte dell'asset Trenord al momento dell'indizione della gara. E' poi espressamente prevista la successiva individuazione dei rotabili su cui eseguire gli interventi oggetto del servizio nonché la possibilità di trattare ulteriori tipologie di rotabili nel corso dell'appalto qualora se ne manifesti l'esigenza.

20.2. L'individuazione delle prestazioni oggetto di appalto deve intendersi riferita sì ai rotabili in quel momento a disposizione di Trenord ma non necessariamente a quelli, dovendosi piuttosto intendere il capitolato come contenente un rinvio "mobile" al parco rotabili o comunque con la possibilità espressa di prevedere interventi su tipologie di rotabili diverse ed ulteriori rispetto a quelle indicate.

21. A fronte di tale impostazione dell'appalto e delle prestazioni ivi contenute la motivazione espressa dalla stazione appaltante a sostegno della revoca della procedura non appare convincente, e non risponde ai canoni elaborati dalla giurisprudenza – e sopra ricordati - per considerare legittimo l'esercizio del potere di cui all'art. 21 *quinquies* L. 241/1990.

21.1. Il tempo trascorso dal momento dell'indizione della procedura appare elemento di per sé irrilevante, tenuto conto della fungibilità e ripetitività delle attività richieste.

21.2. E il *focus* posto sul "radicale" mutamento della flotta oggetto degli interventi originariamente posti a base di gara non appare coerente con l'oggetto sostanziale del contratto, considerato che, per quanto sopra rilevato, non può considerarsi elemento essenziale delle prestazioni esigibili l'elenco dei rotabili indicato nel capitolato tecnico.

22. La rilevanza delle modifiche della flotta dichiaratamente intervenute risulta poi smentita dallo stesso comportamento tenuto dalla stazione appaltante in ben due circostanze.

22.1. Ed invero soltanto un anno prima del provvedimento di revoca, nel luglio del 2018, Trenord aveva disposto l'aggiudicazione dell'appalto alla società Soceb.

22.2. Ed ancora per il periodo ottobre 2018-marzo 2019 Trenord ha affidato alla ricorrente in via interinale, nelle more della definizione del contenzioso pendente, lo stesso appalto *“al fine di assicurare la piena continuità del servizio di pellicolatura del materiale rotabile”*.

22.3. Non viene fornita alcuna plausibile argomentazione, né nel contesto procedimentale e provvedimentale in esame né in questa sede, circa le eventuali sopravvenienze intervenute dal marzo 2019 al 4 luglio 2019 (data della disposta revoca della procedura) tali da determinare la non corrispondenza dell'appalto alle esigenze dell'amministrazione e quindi la deprivatione dell'interesse della stazione appaltante alla prosecuzione della procedura.

23. Il complesso degli elementi considerati porta quindi il Collegio a ritenere l'illegittimità del provvedimento di revoca, affidato ad una motivazione solo apparentemente argomentata.

24. Va aggiunto che nel caso di specie la revoca avrebbe richiesto, con riferimento all'asserito mutamento della situazione di fatto, una evidenza di circostanze univoche, concrete e convincenti a sostegno dell'inattualità dell'interesse pubblico tali da “superare” il legittimo affidamento riposto dalla ricorrente nella partecipazione ad un procedimento condotto secondo i canoni della legittimità e della buona fede, a seguito delle due sentenze pronunciate in relazione alla gara in questione.

24.1. Nel caso in esame la posizione di affidamento in capo alla ricorrente discende dalle pronunce giurisdizionali alla stessa favorevoli, profilo che neppure è lambito dal provvedimento gravato.

24.2. In altri termini era richiesta alla stazione appaltante una motivazione per così dire aggravata a sostegno della revoca dell'intera procedura, che tuttavia, per le ragioni che precedono, non si riscontra nel provvedimento impugnato.

25. In conclusione, in relazione al motivo di gravame esaminato, assorbiti ulteriori profili di doglianza, il ricorso va accolto e per l'effetto va disposto l'annullamento degli atti impugnati.

26. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna Trenord s.r.l. al pagamento, a favore della ricorrente, delle spese del presente giudizio che liquida in € 15.000,00 (quindicimila) oltre oneri fiscali, previdenziali e spese generali di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 26 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere

Valentina Santina Mameli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Valentina Santina Mameli

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO