



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 Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2022 del 2011, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Padova Territorio Rifiuti ed Ecologia - Padova Tre Srl, rappresentato e difeso
dall'avv. Marcello M. Fracanzani, con domicilio eletto presso Carla Gobbetto in
Mestre Venezia, via Fiume 11;

contro

Utilya Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Sartori, con domicilio eletto
presso Antonio Sartori in Venezia-Mestre, Calle del Sale, 33;

nei confronti di

Idealservice, rappresentato e difeso dagli avv. Roberto Paviotti, Roberta Sara
Paviotti, con domicilio eletto presso la Segreteria dell'intestato TAR ai sensi
dell'art. 25, comma 2, del c.p.a.;

per l'annullamento

della comunicazione dd. 18.11.2011, con la quale la parte resistente comunicava
alla ricorrente che con delibera del Consiglio di Amministrazione era stata disposta

la revoca dell'affidamento del servizio in oggetto, già affidato provvisoriamente, a far data dell'1.12.2011; della delibera del consiglio di amministrazione della parte resistente; della comunicazione dd. 22.11.2011, prot. 1214/2011 con cui la resistente intima alla ricorrente di cessare le attività sul territorio del Comune di Arcugnano; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Utilya Srl e di Idealservice;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2012 il dott. Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Padova Territorio Rifiuti ed Ecologia – Padova T.R.E. s.r.l., odierna ricorrente, ha partecipato, quale mandataria del R.T.I. dalla stessa capeggiato, alla gara indetta con bando pubblicato sulla GURI n. 18 dell'11.02.2011 da Utilya s.r.l. (società di diritto privato a capitale interamente pubblico i cui soci sono costituiti da serie di comuni vicentini) per l'affidamento del «servizio di raccolta differenziata dei rifiuti urbani e servizi complementari di igiene urbana».

1.1. La legge speciale di gara descriveva il servizio in questione quale attività di raccolta differenziata con «sistema domiciliare porta a porta e stradale», oltre a servizi complementari, «nei Comuni di Alonte, Arcugnano, Asigliano Veneto, Grancona, Lonigo, Pojana Maggiore, San Germano dei Berici, Sarego, Villaga e Zovencedo», per la durata di quarantadue mesi a far data dall'1 gennaio 2012, con la sola eccezione per il Comune di Arcugnano, per il quale l'avvio del servizio era previsto per l'1 luglio 2011.

1.2. Quanto al servizio da svolgere con particolare riferimento a tale ultimo Comune, il punto 11.2. del capitolato speciale d'appalto prescriveva espressamente lo svuotamento, con determinate frequenze, «di tutti i contenitori per la raccolta rifiuti dislocati sul territorio comunale alla data di avvio dell'appalto» e che, «nell'ottica della riorganizzazione del sistema di raccolta dei rifiuti secondo il modello per "isole di prossimità"», si dovesse procedere al «riposizionamento dei contenitori in circa 35 isole ecologiche dislocate sul territorio comunale, ciascuna dotata di controllo automatizzato degli accessi».

2. Espone in fatto la ricorrente che, a seguito di esclusione della società S.I.T., la stazione appaltante le aveva aggiudicato in via definitiva il servizio *de quo* in data 17 giugno 2011, preannunciandole l'affidamento provvisorio del servizio presso il Comune di Arcugnano a far data dal 1.7.2011. Parallelamente, contro l'esclusione disposta nei propri confronti, S.I.T. aveva spiegato ricorso il 29 giugno 2011, il quale veniva respinto da questo TAR il 10 ottobre 2011 con sentenza n. 1509.

2.1. Peraltro, prosegue la ricorrente, «sin dal primo giorno di servizio Utilya s.r.l. rappresentava (...) tutta una serie di problematiche legate alla corretta esecuzione del servizio» scaturenti, a proprio avviso, dalla «riorganizzazione complessiva delle modalità di svolgimento del servizio in loco e dalla estrema ristrettezza dei tempi tra l'affidamento provvisorio del servizio e l'inizio dello stesso», senza mai contattarla, successivamente alla pubblicazione della sentenza sopra citata (che «sanciva sostanzialmente la legittimità dell'aggiudicazione» all'ATI ricorrente), per procedere alla stipulazione del contratto.

2.1.1. Infine, con lettera trasmessa a mezzo raccomandata a/r, datata 18 novembre 2011 e ricevuta dalla ricorrente il 21 novembre successivo, la società Utilya, «facendo seguito alla numerosa corrispondenza intercorsa, (...) a causa dei (...) continui disservizi riscontrati nell'espletamento del servizio e preso atto» di una serie di inadempimenti rispetto alle prescrizioni contenute nel capitolato speciale

d'appalto comunicava che il Consiglio di amministrazione aveva «deliberato di revocare l'affidamento del servizio in oggetto, già affidato provvisoriamente» alla ricorrente, «a far data dal 1.12.2011», precisando altresì che, a partire dal 28.11.2011, secondo modalità che sarebbero state successivamente specificate dalla medesima stazione appaltante, Padova T.R.E. s.r.l. era tenuta a recuperare dal territorio del Comune di Arcugnano i contenitori ivi posizionati. Con la medesima missiva, Utilya si riservava al contempo ogni «azione in merito» all'asserito danno all'immagine subito a causa della «condotta negligente» imputata alla ricorrente.

2.2. Padova T.R.E. s.r.l., con ricorso notificato il 28 novembre 2011 e depositato in pari data, è insorta avverso tale atto, lamentando l'illegittimità della «revoca» così disposta sotto il profilo dell'eccesso di potere sia per sviamento di potere, perplessità e contraddittorietà manifeste – in quanto l'atto di ritiro avrebbe riguardato l'intero oggetto del servizio oggetto di gara pur essendosi fondato su presunte irregolarità concernenti una parte minima di esso e per un tempo troppo ristretto per poter essere considerate “essenziali” ai fini del giudizio in ordine alla correttezza o meno del relativo adempimento –; sia per irragionevolezza e carenza dei presupposti – posto che la revoca in questione sarebbe intervenuta senza alcun fattivo tentativo «di ricercare le soluzioni più appropriate al fine di risolvere le criticità riscontrate», preferendo «accusare di negligenza e disorganizzazione la società ricorrente».

2.3. Con il medesimo gravame Padova T.R.E. s.r.l. ha altresì impugnato la delibera del Consiglio di amministrazione di Utilya s.r.l. sulla quale si fonda la comunicazione in data 18.11.11, nonché la successiva comunicazione in data 22.11.11 con la quale la stazione appaltante ha intimato di cessare tutte le attività sul territorio del Comune di Arcugnano e «l'eventuale provvedimento di affidamento del medesimo servizio di igiene urbana» nel medesimo Comune a favore di Idealservice soc. coop.

3. Si è costituita l'Amministrazione resistente, chiedendo che il ricorso sia dichiarato inammissibile o, comunque, infondato.

3.1. In via preliminare, premesso che l'atto impugnato «costituisce esercizio di autotutela sul provvedimento di aggiudicazione o comunque di recesso precontrattuale», l'Amministrazione osserva che esso avrebbe comunque inciso, determinandone la cessazione, sul rapporto di fatto sorto a seguito dell'affidamento del servizio in via anticipata rispetto alla stipulazione del contratto, con conseguente carenza di giurisdizione del giudice amministrativo.

3.2. In ogni caso, ad avviso dell'Amministrazione, il «potere precontrattuale» esercitato nella fattispecie in esame risulterebbe del tutto giustificato dalla condotta tenuta dalla ricorrente in relazione ad una prestazione da considerarsi senz'altro essenziale rispetto all'intero oggetto del servizio da affidare. Né potrebbe essere lamentata un'eccessiva ristrettezza dei tempi fra l'aggiudicazione e l'affidamento provvisorio, tenuto conto che la data di inizio dell'appalto era fissata dalla legge speciale di gara.

3.3. Del pari, non risulterebbero giustificate né le doglianze in ordine alla mancata stipula del contratto, versandosi ancora nella fase della pendenza «dei termini dilatori di legge», né quelle in ordine alla pretesa cattiva impostazione del servizio da parte della stazione appaltante, dovendosi al contrario ritenere causa dei numerosi disservizi contestati alla ricorrente la carenza della necessaria professionalità operativa e organizzativa di quest'ultima per farvi fronte.

4. Anche la controinteressata Idealservice soc. coop. si è costituita in giudizio eccependo, in primo luogo, il difetto di giurisdizione dal momento che «la decisione di Utiya di risolvere unilateralmente il rapporto per inadempimento dell'appaltatrice ... nell'esecuzione del servizio» avrebbe «investito posizioni di diritto soggettivo». Ad avviso della controinteressata, infatti, sebbene non formalizzato, sarebbe sorto fra le parti un vincolo di fatto avente natura

contrattuale in dipendenza dell'inizio dell'esecuzione del servizio, con la conseguenza che il provvedimento impugnato non sarebbe stato adottato nell'esercizio di poteri autoritativi «ma come conseguenza automatica dell'intervenuta risoluzione del contratto per inadempimento», in forza dell'art. 26 del capitolato speciale (recante la disciplina della “risoluzione del contratto” da parte della stazione appaltante).

4.1. In secondo luogo, la controinteressata ha eccepito, altresì, la carenza di interesse della ricorrente a «censurare quanto successivamente deliberato dalla stazione appaltante in relazione alla stessa gara», una volta risolto per inadempimento il rapporto concernente lo svolgimento del servizio in questione.

5. Con successivi motivi aggiunti, la ricorrente, oltre a rimarcare la natura provvedimentale dell'atto impugnato, ribadendo come con esso la stazione appaltante abbia inteso revocare l'aggiudicazione definitiva dell'intero servizio, ha contestato un ulteriore profilo di illegittimità rispetto a quelli già sollevati con il ricorso introduttivo, ritenendo illegittima l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento di revoca da parte della P.A., in violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990.

5.1. Il mancato rispetto del prescritto passaggio procedurale avrebbe determinato una lesione non solo formale, ma soprattutto sostanziale del parametro di legittimità evocato, essendo venuta meno la necessaria instaurazione di un contraddittorio che avrebbe potuto consentire, sempre ad avviso della ricorrente, valutazioni più ponderate e approfondite in ordine alle ragioni di pubblico interesse sottese al provvedimento adottato in autotutela.

6. In vista della discussione, le parti hanno depositato memorie di replica e conclusionali e all'udienza pubblica del 12 luglio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Preliminarmente deve essere scrutinata l'eccezione concernente l'asserito difetto di giurisdizione.

7.1. Ritiene, al riguardo, il Collegio che, per quanto l'atto impugnato rechi letteralmente il riferimento alla revoca dell' "affidamento" del servizio ed incida anche su un rapporto di fatto che risulta conformato sulle prescrizioni negoziali derivanti dal capitolato speciale d'appalto sorto in seguito all'affidamento provvisorio e anticipato del servizio rispetto alla stipula del contratto, ad un attento esame del suo contenuto, dei presupposti sui quali si fonda, e dello specifico momento procedimentale in cui esso si colloca, esso debba essere qualificato in termini di revoca dell'aggiudicazione definitiva intervenuta a favore dell'odierna ricorrente.

7.2. Con il provvedimento impugnato, infatti, la stazione appaltante ha inteso esercitare il proprio potere di riesame in via di autotutela in conseguenza di una serie di disservizi e di contestazioni che, sebbene sorte durante l'esecuzione anticipata di una porzione specifica del servizio oggetto di gara (riguardando il servizio di raccolta differenziata dei rifiuti nel solo Comune di Arcugnano), hanno determinato una rivalutazione delle ragioni di pubblico interesse sottese all'originario provvedimento di aggiudicazione in ragione della reconsiderazione dell'idoneità organizzativa e tecnica della ATI ricorrente a divenire affidataria definitiva del servizio oggetto di gara.

7.3. Secondo un principio pacificamente affermato in giurisprudenza e condiviso dal Collegio, infatti, «nei contratti d'appalto l'Amministrazione aggiudicatrice non è obbligata a stipulare il contratto con il soggetto aggiudicatario ed essa ben può rimuovere gli effetti dell'atto di aggiudicazione provvisoria e finanche di quello di aggiudicazione definitiva, purché la conseguente azione amministrativa sia condotta coi necessari crismi della legittimità» (T.A.R. Torino Piemonte, II, 3

aprile 2012, n. 385; T.A.R. Toscana, II, 1 settembre 2011, n. 1372; conforme T.A.R. Sicilia, Catania, I, 25 febbraio 2011, n. 463).

7.4. Ed invero, dalla documentazione versata in atti, risulta che, subito dopo l'immissione anticipata nel servizio di raccolta differenziata dei rifiuti nel solo Comune di Arcugnano, l'ATI ricorrente è stata destinataria di una serie di contestazioni concernenti: le modalità di svolgimento del servizio, l'efficienza dello stesso, la tenuta della documentazione relativa alla rendicontazione della movimentazione dei rifiuti, l'omessa comunicazione alla stazione appaltante della disponibilità di un Centro servizi in uno dei Comuni soci, qualificato come "unità locale" (comprendente la rimessa di automezzi, magazzini ricambi e attrezzature, sistemi e dotazioni di sicurezza, spogliatoi e servizi per i dipendenti, recapito telefonico telex e posta elettronica, secondo quanto previsto dall'art. 33 del capitolato speciale d'appalto), nonché l'omessa indicazione in merito alla ripartizione dei servizi all'interno dell'ATI capeggiata dalla ricorrente.

7.5. Alla luce di tali circostanziate e documentate evenienze, la stazione appaltante ha dunque rivalutato il proprio provvedimento di aggiudicazione definitiva ritenendo la sussistenza di una sopravvenuta situazione di fatto ostativa alla formalizzazione del contratto, con conseguente ritiro dell'atto conclusivo della sequenza procedimentale pubblicistica deputata alla selezione del contraente che ne costituiva l'indefettibile presupposto.

7.6. A conferma della natura pubblicistica del provvedimento impugnato, soccorre, peraltro, anche il chiaro tenore letterale dell'art. 11, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui «l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta», dovendosi così escludere che con l'aggiudicazione medesima sorga il rapporto contrattuale. Coerentemente con tale assunto, il successivo comma 9 fa espressamente salvo, una volta «divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva», «l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti».

7.7. La condotta dell'ATI aggiudicataria successiva alla consegna anticipata del servizio e precedente alla stipula del contratto è stata, dunque, valutata dall'amministrazione al solo fine di rimuovere il provvedimento di aggiudicazione e determinare, quindi, un diverso esito della gara con conseguente aggiudicazione ad altro soggetto; l'atto impugnato non può, quindi, essere qualificato né come recesso né come risoluzione di un rapporto contrattuale, non ancora sorto, ma come esercizio del potere di autotutela della stazione appaltante sul provvedimento di aggiudicazione.

7.8. In definitiva, l'Amministrazione, con l'atto impugnato, ha rimesso in discussione l'esito della fase pubblicistica volta alla scelta del contraente prima della stipula del contratto. Pertanto, conformemente a quanto affermato dal Consiglio di Stato, «spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula dei singoli contratti» (così Consiglio di Stato, sez. V., 21 aprile 2010, n. 2254), ai sensi dell'art. 133, comma 1, lettera e), del c.p.a.

7.9. Sulla base delle considerazioni che precedono deve, conseguentemente, essere rigettata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di giurisdizione.

8. Passando all'esame del merito della controversia, il ricorso risulta infondato sotto tutti i profili di censura sollevati.

8.1. Quanto al vizio di eccesso di potere, in relazione alle varie figure sintomatiche contestate, deve infatti rilevarsi che l'adozione della revoca impugnata, quale specifico atto discrezionale di ritiro avente effetti *ex nunc*, si è fondata legittimamente su una rivalutazione dell'interesse pubblico originario alla luce di fatti sopravvenuti alla aggiudicazione definitiva ma incidenti sulla stessa capacità organizzativa e idoneità tecnica della aggiudicataria a divenire affidataria definitiva per l'intero servizio di raccolta differenziata dei rifiuti previsto nel bando di gara.

8.1.1. Tale rivalutazione, astrattamente consentita dal paradigma normativo di riferimento dettato dall'art. 21-*quinqüies* della legge n. 241 del 1990, si fonda, in concreto, su una documentata serie di incongruenze organizzative e di episodi di oggettivi disservizi (specificamente contestati alla ricorrente nell'immediatezza dei fatti e richiamati nell'apparato motivazionale del provvedimento impugnato) che appaiono idonee a suffragare, sul piano della logica e della ragionevolezza intrinseca del provvedimento in questione, la scelta di ritiro operata dalla stazione appaltante quale espressione di un giudizio prognostico negativo in ordine alla capacità tecnico-organizzativa, da parte della ricorrente, di far fronte agli impegni che sarebbero derivati dalla stipula del contratto.

8.1.2. Non appare, infatti, condivisibile la pretesa qualifica in termini di "non essenzialità" dei disservizi venutisi a creare ai fini della legittimità della determinazione revocatoria concernente l'intero oggetto del contratto, posto che, da un lato, essi, pur se realizzatisi nell'ambito del solo servizio offerto nel Comune di Arcugnano e di un limitato arco temporale, afferiscono direttamente agli standard qualitativi prescritti in via generale dal capitolato speciale d'appalto (in particolare dagli artt. 10, 13, 19, 21 e 33) per il corretto adempimento tecnico e organizzativo dell'intero servizio; dall'altro, la sfasatura temporale e le peculiarità del servizio previsto per il Comune di Arcugnano risultano espressamente previste dalla stessa legge speciale di gara (cfr. artt. 4, comma 1, e 11.2 del medesimo capitolato specificamente dedicati alla raccolta in tale Comune), con la conseguenza che non può ritenersi giustificabile, rispetto ad esse, una mancata predisposizione da parte della ditta aggiudicataria di tutte le misure necessarie per farvi fronte secondo la tempistica ivi indicata.

8.2. Quanto alla pretesa violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, pur dovendosi affermare la soggezione di Utiya s.r.l., quale società a capitale interamente pubblico che ha nel caso di specie esercitato una funzione avente

natura pubblicistica, alle norme che regolano l'azione amministrativa sulla base dell'inequivoco richiamo operato dall'art. 29 della legge n. 241 del 1990, deve nondimeno ritenersi che, nel caso di specie, la comunicazione di avvio del procedimento potesse eccezionalmente essere omessa per un duplice ordine di motivi: in primo luogo, per il fatto che la ricorrente, mediante le missive di intimazione e diffida ricevute nel periodo di anticipata e provvisoria esecuzione del servizio, era stata già previamente informata della volontà di Utiya di procedere alla revoca dell'affidamento del servizio (*recte*: dell'aggiudicazione) ove fosse persistita l'inefficienza del servizio contestata, in applicazione dell'art. 26 del capitolato speciale d'appalto. In secondo luogo, in considerazione dell'urgenza di assicurare non solo la continuità ma soprattutto l'efficacia di un servizio di pubblica utilità avente riflessi diretti sulle condizioni di igiene e salute pubblica della cittadinanza, con conseguente urgenza qualificata di provvedere alla revoca dell'aggiudicazione in funzione di una pronta sostituzione nella conduzione del servizio, integrante un'esigenza di celerità del procedimento ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 7, comma 1, prima parte, della legge n. 241 del 1990.

8.2.1. Conseguentemente, pur in mancanza di una formale comunicazione di avvio del procedimento, deve ritenersi che la ricorrente sia stata comunque messa in condizione sia di interloquire con la stazione appaltante proprio in ordine ai possibili rimedi e/o giustificazioni degli eventi ad essa addebitati e che hanno costituito il presupposto di fatto dell'atto di ritiro impugnato, sia di conoscere le conseguenze, sul piano della gestione del servizio, di quanto concretamente addebitatole, in applicazione dell'art. 26 del capitolato speciale d'appalto.

8.3. Tenuto conto delle specifiche circostanze sopra considerate, deve dunque escludersi che, nel caso di specie, gravasse sull'Amministrazione un onere di comunicazione dell'avvio del procedimento di autotutela ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990.

8.4. Il ricorso deve, pertanto, essere respinto.

9. In considerazione della peculiarità delle questioni trattate, sussistono eccezionali motivi per compensare le spese fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/09/2012

IL SEGRETARIO

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