



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

sul ricorso numero di registro generale 8910 del 2017, proposto da ACI - Automobile Club D'Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Guarino e Aureliana Pera, con domicilio eletto presso l'Avvocatura dell'ACI, in Roma, via Marsala, n. 8;

contro

Autostrada Pedemontana Lombarda s.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Raffaella De Giorgi, domiciliata presso la Segreteria sezionale del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

Milano Serravalle - Milano Tangenziali s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – Milano, Sez. IV, n. 01744/2017, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di esazione dei pedaggi stradali in modalità video tolling.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autostrada Pedemontana Lombarda s.p.a;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2018 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Francesco Guarino e Raffaella De Giorgi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'Autostrada Pedemontana Lombarda s.p.a, (d'ora in poi APL), concessionaria della gestione dell'omonimo tratto autostradale, ha indetto una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento in via sperimentale del servizio concernente la messa a disposizione o la realizzazione di un account per il pagamento dei pedaggi con modalità video tolling e servizi complementari.

All'esito della valutazione delle offerte pervenute la commessa è stata affidata all'ACI – Automobile Club D'Italia (di seguito solo ACI).

Senonché, prima della stipula del contratto, l'APL, a seguito di una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico, ha prima adottato il provvedimento in data 28/7/2015, con cui ha revocato l'aggiudicazione e successivamente l'atto del 22/9/2015 con cui ha stabilito di revocare l'intera procedura di gara.

Ritenendo i menzionati provvedimenti di revoca illegittimi l'ACI li ha impugnati davanti al TAR Lombardia – Milano con ricorso seguito da due ricorsi per motivi aggiunti.

Con sentenza 7/8/2017, n. 1744, l'adito Tribunale ha respinto il gravame.

Avverso la sentenza l'ACI ha proposto appello.

Per resistere al ricorso si è costituita in giudizio l'APL.

Con successive memorie le parti hanno meglio illustrato le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 17/5/2018 la causa è passata in decisione.

Col primo motivo si deduce che l'impugnata sentenza sarebbe erronea nella parte in cui avrebbe ritenuto sufficientemente motivata la disposta revoca.

E invero, contrariamente a quanto affermato dalla stazione appaltante e dal Tribunale le ragioni economiche poste a fondamento della revoca sarebbero insussistenti.

Ciò si ricaverebbe dal fatto che:

a) la stipula degli accordi con i singoli *provider* non avrebbe comportato costi ulteriori essendo costoro remunerati attraverso un aggio per ciascuna transazione;

b) la proposta dell'ACI prevedeva un sistema di riscossione pro soluto ("non riscosso per riscosso") che per la stazione appaltante avrebbe azzerato del tutto il rischio di mancata esazione;

c) lo stesso Presidente dell'APL nella delibera del CdA del 28/7/2015, avrebbe asserito che l'attività oggetto di affidamento non è adatta alle esigenze della società <<*in quanto volta unicamente ad assicurare il pagamento del pedaggio, ma non anche la realizzazione \implementazione di un database di clienti\utenti che sia di "proprietà" di APL*>>;

d) uno dei consiglieri di amministrazione dell'APL avrebbe manifestato perplessità in ordine alla revoca chiedendo se la stessa dipendesse dalla volontà della società di procedere internamente;

e) il Presidente avrebbe confermato l'intento, contraddittoriamente riconoscendo la necessità di avvalersi dell'eventuale ausilio di soggetti terzi.

La falsità delle motivazioni poste a sostegno della revoca risulterebbe anche dagli scritti difensivi depositati da APL in primo grado dai quali emergerebbe che le reali finalità che la stazione appaltante intenderebbe soddisfare sarebbero quelle di acquisire i dati personali degli utenti per poter svolgere in proprio attività varie di marketing e di iniziative commerciali e promozionali.

Tutto ciò confermerebbe che con l'atto di ritiro non si è inteso tutelare un interesse pubblico di natura economica, ma un mero interesse lucrativo e imprenditoriale privato il quale non può prevalere sull'interesse dell'aggiudicatario. Peraltro non sarebbe stata effettuata alcuna comparazione tra interesse pubblico e interesse privato.

La disposta revoca non potrebbero giustificarsi nemmeno sulla base della direttiva impartita dalla Capogruppo Milano Serravalle – Milano Tangenziali s.p.a. con la comunicazione organizzativa 30/6/2015 n. 17 che non è menzionata in alcun atto del procedimento di autotutela.

Il giudice di prime cure avrebbe, inoltre, errato:

- 1) a ritenere che la proposta dell'ACI fosse onerosa per l'APL, atteso che, secondo gli artt. 8 e 10 del capitolato speciale d'appalto, l'aggio (pari al 4% su ciascuna transazione), sarebbe gravato esclusivamente sull'utenza;
- 2) a giudicare sussistente un interesse pubblico alla revoca perché in ultima analisi la società APL sarebbe controllata dalla Regione Lombardia, posto che, invece, la detta società sarebbe interamente in mano a soggetti privati;
- 3) a non rilevare che l'atto di ritiro non era sorretto da una puntuale motivazione.

Il provvedimento di autotutela, infine, non potrebbe basarsi sulle clausole, peraltro impugnate, contenute nell'avviso pubblico e nel modello n. 1 allegato al capitolato speciale d'appalto che affermano la natura non vincolante per APL della procedura ad evidenza pubblica bandita, posto che le stesse si riferiscono alla fase precedente all'aggiudicazione, nel caso che occupa già superata.

Il motivo così sinteticamente riassunto non merita accoglimento.

Occorre preliminarmente rilevare che, diversamente da quanto l'appellante afferma, l'APL è una società in mano pubblica, come si ricava dal fatto che socio di maggioranza della medesima, col 78,97 % del pacchetto azionario, è la Milano Serravalle - Milano Tangenziali s.p.a., che, a sua volta, è controllata al 52,90 % da ASAM s.p.a., il cui pacchetto azionario è

detenuto per la quasi totalità dalla Regione Lombardia (come emerge dal sito internet di tale ultima società utilizzabile a fini probatori in assenza di puntuali riscontri in ordine alla falsità dei dati in esso contenuti).

L'APL (secondo quanto previsto dall'art. 1 dello statuto pubblicato sul sito internet di quest'ultima) è una società costituita per la progettazione, la realizzazione e la gestione dell'autostrada pedemontana lombarda assentita in concessione.

La detta società è, quindi, inquadrabile tra i soggetti di diritto pubblico (Cons. Stato, Sez. V, 15/12/2005, n. 7134) ed tenuta in quanto tale a perseguire, nello svolgimento della propria attività istituzionale, l'interesse generale (art. 29, comma 1, L. 7/8/1990 n. 241).

Orbene, la contestata revoca risulta adottata proprio al fine di soddisfare il suddetto interesse.

Come emerge dal provvedimento del 28/7/2015 l'APL ha deciso di procedere al ritiro in quanto: *“A seguito di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, fondata su un'ottica di Gruppo e sulla conseguente esigenza di ottimizzare i costi e razionalizzare le risorse del Gruppo Milano Serravalle – Milano Tangenziali s.p.a., APL ha valutato di poter procedere interamente alla realizzazione e gestione di un proprio account (Conto Targa), nonché dei servizi connessi”*.

La trascritta motivazione deve ritenersi di per sé sola sufficiente a sorreggere la scelta compiuta, atteso che l'evidenziata esigenza di voler perseguire un risparmio di spesa svolgendo in proprio il servizio che in precedenza si era deciso di esternalizzare, giustifica, senza necessità di addurre ulteriori considerazioni, il ritiro della procedura di gara a suo tempo bandita.

Non è poi dubitabile che attraverso l'esecuzione in proprio del servizio la stazione appaltante possa conseguire un risparmio di spesa, quantificabile nella misura dell'aggio da riconoscere all'aggiudicatario, che, diversamente da quanto ritenuto dall'appellante non graverebbe sull'utenza.

Infatti:

a) l'art. 8 del capitolato speciale d'appalto prevede che *“Il rapporto contrattuale tra APL e l'affidatario ... dovrà prevedere un accredito quindicinale degli incassi dei pedaggi sul conto corrente intestato ad APL al netto delle commissioni previste dal contratto”*, il che significa che l'affidatario è tenuto a riversare ad APL l'importo incassato per il pedaggio decurtato della quota di aggio;

b) l'art. 10 del medesimo capitolato specifica l'importo dovuto dall'utente per ogni tratta ed è, dunque, da quell'importo che va detratto l'aggio spettante all'aggiudicatario, non ricavandosi da alcuna disposizione di gara che a quell'importo debba aggiungersi, a carico dell'utenza, un'ulteriore somma pari alla percentuale spettante all'affidatario a titolo di compenso per l'attività svolta.

A ciò aggiungasi che, come correttamente rilevato dal Tribunale, l'ACI non ha *“individuato la norma della lex specialis di gara che trasferirebbe sull'utente finale l'onere economico della percentuale sui pedaggi corrisposti”*.

A fronte di un interesse pubblico particolarmente pregnante quale quello a conseguire un risparmio di spesa evidenziato dalla stazione appaltante, l'interesse dell'appellante al mantenimento dell'aggiudicazione risultava in ogni caso recessivo, tanto più che nella fattispecie lo *ius poenitendi* è stato esercitato a brevissima distanza di tempo dall'aggiudicazione (poco più di 30 giorni) e prima della stipula del contratto. Non occorre, pertanto, un'esplicita comparazione tra i due interessi (pubblico e privato) coinvolti nella vicenda.

Afferma l'appellante che in realtà il vero interesse che avrebbe spinto la stazione appaltante ad agire in autotutela sarebbe stato quello di acquisire i dati degli utenti allo scopo di poterli utilizzare per attività di marketing varie, come si ricaverebbe dalle dichiarazioni del Presidente dell'APL contenute nel verbale della seduta del CdA del 28/7/2015 e dalle stesse

affermazioni fatte dall'appellata nelle memorie difensive depositate in primo grado.

Al riguardo il Collegio osserva che in ordine alla rilevanza delle dichiarazioni espresse dai singoli componenti di un organo collegiale in sede deliberativa, esistono in giurisprudenza due indirizzi di segno opposto, l'uno orientato a riconoscere valore alle dette dichiarazioni (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17/11/2015, n. 5236; C.Si. 19/10/2010, n. 1279); l'altro a negarlo (Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2011, n. 854).

Il primo indirizzo trova la sua *ratio* nell'esigenza di preservare la legittimità di quegli atti collegiali nei quali la volontà dell'organo non sia stata adeguatamente sintetizzata in un testo conclusivo, che illustri l'esito “*finale*” della discussione e della votazione e che, non dia atto di quale, tra gli argomenti prospettati, sia stato considerato “*prevalente*”.

Orbene, nel caso di specie non occorre prendere posizione per l'uno o l'altro dei due orientamenti, in quanto, come si ricava del verbale della seduta del 28/7/2015, la volontà del CdA è stata, alla fine della discussione, espressamente formalizzata esplicitando le ragioni della revoca con la motivazione più sopra trascritta che fa riferimento, per l'appunto, all'esigenza di razionalizzare i costi del servizio, che è, di per sé, idonea a sorreggere la scelta compiuta.

Quanto agli scritti difensivi è pacifico che gli stessi non siano idonei a integrare la motivazione dell'atto amministrativo (Cons. Stato, Sez. V, 28/3/2008, n. 1358).

Alla luce delle illustrate considerazioni è irrilevante appurare se la rinnovata valutazione del pubblico interesse operata che con gli impugnati provvedimenti di revoca sia stata o meno ispirata alla necessità dell'APL di uniformarsi alla direttiva organizzativa impartita dalla Milano Serravalle – Milano Tangenziali s.p.a., con la comunicazione organizzativa 30/6/2015, n. 17.

Col secondo motivo l'appellante lamenta che il giudice di prime cure avrebbe errato a respingere le doglianze con cui era stata dedotta la violazione dell'art. 7 della L. n. 241/1990 in conseguenza dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento.

Diversamente da quanto affermato dal Tribunale non esisterebbe un consolidato orientamento giurisprudenziale che, prima della stipula del contratto, consentirebbe la revoca dell'aggiudicazione senza garantire la partecipazione procedimentale.

Né la violazione potrebbe essere superata facendo applicazione dell'art. 21-*octies*, comma 2, della citata L. n. 241/1990 data la natura di provvedimento discrezionale della revoca.

La doglianza non merita accoglimento.

La comunicazione di avvio del procedimento, non può ridursi a mero rituale formalistico, con la conseguenza, nella prospettiva del buon andamento dell'azione amministrativa, che il privato non può limitarsi a denunciare la mancata o incompleta comunicazione e la conseguente lesione della propria pretesa partecipativa, ma è anche tenuto ad indicare o allegare gli elementi, fattuali o valutativi, che, se introdotti in fase procedimentale, avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento (Cons. Stato, Sez. IV, 9/12/2015, n. 5577; 15/7/2013, n. 3861, 20/2/2013, n. 1056, 16 febbraio 2012, n. 823 e 28/1/2011, n. 679; Sez. V, 20/8/2013, n. 4192).

Nel caso di specie l'appellante non ha indicato alcun elemento che se acquisito al procedimento avrebbe potuto verosimilmente influire sul contenuto finale del provvedimento.

In particolare non ha tali caratteristiche l'affermazione secondo cui la stazione appaltante, prima di procedere alla revoca, avrebbe potuto “*richiedere all'ACI una ulteriore proposta migliorativa della propria offerta*”, trattandosi, com'è chiaro, di evenienza rimessa alla volontà della

stessa stazione appaltante e non di un argomento che si sarebbe potuto prospettare in seno al procedimento al fine di modificarne l'esito.

Col terzo motivo si denuncia l'errore commesso dal giudice di prime cure nel respingere la censura con cui era stata dedotta l'illegittimità della revoca in conseguenza dell'omessa previsione di un indennizzo.

La doglianza è infondata.

Per giurisprudenza costante, infatti, l'eventuale mancata previsione dell'indennizzo non ha efficacia viziante o invalidante dell'atto di revoca, ma legittima unicamente il privato ad azionare la relativa pretesa patrimoniale, anche davanti al giudice amministrativo (Cons. Stato, Sez. III, 15/11/2011, n. 6039; Sez. VI, 17/3/2010, n. 1554).

La domanda impugnatoria va, pertanto, respinta e dalla sua reiezione discende l'infondatezza di quella domanda risarcitoria.

L'appello dev'essere conseguentemente respinto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Sussistono eccezionali ragioni, connesse alla peculiarità e complessità delle questioni affrontate, per disporre l'integrale compensazione di spese e onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

L'ESTENSORE

Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO