

Pubblicato il 03/09/2020

N. 00603/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00476/2020 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 Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 476 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da Preve Costruzioni S.p.A., in proprio ed in qualità di mandataria capogruppo del costituendo R.T.I. con le imprese M.G.A. Manutenzioni Generali Autostrade s.r.l., Costruzioni Ruberto s.r.l., STEAS – Società Tecnologie Applicative Specializzate s.r.l. e SCL costruzioni e montaggi s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Giancarlo Tanzarella, Carlo Maria Tanzarella, Marco Feroci e Luigi Cocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'ultimo in Genova, via Macaggi 21 Int. 5-8;

contro

Autostrada dei Fiori s.p.a, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Giuffré, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di Giuggia Costruzioni s.r.l., Co.Ge.Fa. Costruzioni Generali s.p.a. e Scandiuzzi Steel Constructions s.p.a., rappresentate e difese dagli avvocati Francesco Russo e Francesco Dal Piaz, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della determina 29 luglio 2020, con cui l'amministratore delegato di Autostrada dei Fiori s.p.a. ha deciso di procedere: - all'annullamento in autotutela degli atti della gara d'appalto avente ad oggetto "Autostrada dei Fiori s.p.a. – Tronco A6 Torino-Savona. Interventi di miglioramento sismico delle opere d'arte. Lotto 2. Primo stralcio" compiuti a valle della individuazione degli operatori economici da invitare; - alla predisposizione di opportune modifiche alla legge di gara; - al conseguente reinvito degli operatori economici già selezionati

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrada dei Fiori S.P.A e di Giuggia Costruzioni s.r.l., Co.Ge.Fa. Costruzioni Generali s.p.a. e Scandiuzzi Steel Constructions s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 2 settembre 2020 il dott. Angelo Vitali e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato il 4.8.2020 e depositato il 5.8.2020 la società Preve Costruzioni s.p.a., in proprio ed in qualità di mandataria capogruppo del costituendo R.T.I. con le imprese M.G.A. Manutenzioni Generali Autostrade s.r.l., Costruzioni Ruberto s.r.l., STEAS – Società Tecnologie Applicative Specializzate s.r.l. e SCL costruzioni e montaggi s.r.l. ha impugnato la determina 29 luglio 2020,

con cui l'amministratore delegato di Autostrada dei Fiori s.p.a. ha deciso di procedere: - all'annullamento in autotutela degli atti della gara d'appalto avente ad oggetto "Autostrada dei Fiori s.p.a. – Tronco A6 Torino-Savona. Interventi di miglioramento sismico delle opere d'arte. Lotto 2. Primo stralcio" compiuti a valle della individuazione degli operatori economici da invitare; - alla predisposizione di opportune modifiche alla legge di gara; - al conseguente reinvito degli operatori economici già selezionati.

Espone: - che l'esecuzione degli interventi oggetto di gara presentava obiettive ragioni di urgenza ex art. 63, comma 2, lettera c) del D. Lgs. n. 50/2016, al punto che, con apposito avviso di rettifica, veniva previsto un premio di accelerazione; - che il RTI manifestava il proprio interesse e veniva invitato alla gara; - che i documenti di gara delineavano la necessità di una particolare e complessa organizzazione di impresa, in considerazione dell'obbligo per l'appaltatore di eseguire i lavori in costanza di esercizio dell'infrastruttura, e di garantire all'Autostrada la possibilità di sfruttare i cantieri allestiti anche per altre attività; - che i criteri di valutazione dell'offerta tecnica erano i seguenti: B) curriculum dell'impresa, punti 20, suddiviso in 3 sotto-criteri riguardanti pregresse esperienze nell'esecuzione di lavori simili a quelli oggetto dell'appalto, ma con la peculiarità che l'esecuzione doveva essere avvenuta in presenza di traffico e funzionamento dell'infrastruttura e aver avuto ad oggetto anche operazioni di installazione e sollevamento di impalcati metallici; C) possesso di certificazioni, punti 5, suddiviso in 3 sotto-criteri riguardanti le varie tipologie di certificazioni; D) ubicazione sede operativa e logistica, punti 5; E) numero di squadre disponibili, punti 5; F) macchine/attrezzature di proprietà/leasing, punti 5; G) proprietà di impianto di conglomerato cementizio, caratteristiche tecniche, capacità oraria e distanza dalla stazione autostradale, punti 5; H) competenze risorse umane, punti 20, suddiviso in 4 sotto-criteri riguardanti le caratteristiche, capacità e qualifiche della

manodopera e del personale direttivo di cantiere; I) disponibilità a lavorare su due turni giornalieri, punti 5; - che, all'esito dell'esame delle offerte tecniche ed economiche, il RTI si classificava primo in graduatoria; - che l'Autostrada chiedeva al RTI ricorrente di presentare le giustificazioni in punto di congruità dell'offerta, risultata anomala; - che il R.T.I. inviava la documentazione a comprova della congruità dell'offerta; - che tuttavia, a seguito della richiesta di notizie sul prosieguo della gara, il R.T.I. riceveva la comunicazione 29 luglio 2020 di annullamento della gara.

Il provvedimento impugnato fa riferimento all'apertura di un procedimento da parte dell'ANAC, su segnalazione dell'A.N.C.E. - Associazione Nazionale Costruttori Edili, che avrebbe contestato alcuni dei criteri fissati dall'Autostrada per la valutazione dell'OEPV (in particolare i criteri sub B, D, E e G) in quanto aventi "carattere soggettivo" ed afferenti più alla qualificazione dell'offerente che alla qualità della prestazione offerta, rilievi che Autostrada ha ritenuto di condividere in parte.

A sostegno del gravame deduce tre motivi di ricorso, come segue.

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del D. Lgs. 50/2016 – Violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa – Vizio di motivazione – Eccesso di potere per contraddittorietà, perplessità, illogicità, ingiustizia manifesta, falso presupposto, difetto di istruttoria.

Entrambi i presupposti rilevati dall'Autostrada – soggettività dei criteri e rilevanza eccessiva di pesi e punteggi – sarebbero errati se si procede alla lettura unitaria e contestualizzata dei documenti di gara: se infatti – come ammette Autostrada - i criteri sono oggettivamente funzionali alla buona riuscita del lavoro, sarebbe illogico ritenere poi illegittima l'attribuzione di un certo punteggio.

Le stesse Linee guida dell'ANAC ammettono espressamente la valorizzazione di criteri "soggettivi", purché funzionali all'esecuzione dell'appalto, e, se è vero che

indicano a solo titolo esemplificativo un punteggio massimo di 10 punti, è altrettanto vero che ammettono eccezioni per appalti dove è alta – come nel caso di specie - l'interrelazione tra capacità dell'offerente e qualità dell'offerta.

E ciò, viepiù, in considerazione del fatto che l'appalto era basato su un progetto esecutivo, e pertanto prevedeva l'esecuzione di interventi compiutamente specificati.

2. Violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa – Difetto assoluto di motivazione – Eccesso di potere per contraddittorietà, perplessità, illogicità, ingiustizia manifesta – Violazione e falsa applicazione della legge 241/1990 – Violazione e falsa applicazione del D.L. 76/2020.

Censura il difetto assoluto di motivazione in ordine all'interesse pubblico sottostante all'indizione della gara, cioè a dire il carattere di estrema urgenza che per la stazione appaltante rivestiva, già dal dicembre 2019, l'esecuzione degli interventi da appaltare.

Inoltre, posto che ora gli altri concorrenti conoscono il punteggio tecnico conseguito dal RTI Preve e, soprattutto, il ribasso offerto, la riedizione della gara con la modifica dei pesi e dei punteggi dei quattro criteri contestati penalizzerebbe il solo RTI ricorrente, il cui interesse, in violazione dell'art. 21-nonies della legge 241/1990, non sarebbe stato dunque minimamente considerato.

3. In via subordinata: violazione e falsa applicazione dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa – Eccesso di potere per falso presupposto, illogicità, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento, contraddittorietà e travisamento del fatto.

Per garantire la parità di trattamento di tutti i possibili partecipanti, e in primo luogo del RTI ricorrente, se la gara dovesse essere annullata, dovrebbe esserlo fin dall'origine (con conseguente annullamento anche dell'avviso di indagine di

mercato e della individuazione delle imprese da invitare alla gara), al fine di non lasciare in vita parte dei risultati, con l'effetto di attribuire vantaggi a chi aveva perso e di penalizzare chi, invece, aveva formulato l'offerta rivelatasi migliore.

Si è costituita in giudizio Autostrada dei Fiori s.p.a., controdeducendo ed instando per la reiezione del ricorso.

Con atto di motivi aggiunti notificato il 13.8.2020 e depositato lo stesso giorno, Preve Costruzioni s.p.a. ha esteso l'impugnazione alla nuova documentazione di gara di cui alla lettera di invito prot. U/6248/20 AG/GC del 6 agosto 2020, con termine per l'invio delle offerte fissato al 3 settembre 2020.

A sostegno del gravame aggiuntivo deduce illegittimità in via derivata nonché, in via autonoma, per: violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del D.Lgs. 50/2016 – Violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa – Violazione e falsa applicazione del D.L. 76/2020 – Vizio di motivazione – Eccesso di potere per contraddittorietà, perplessità, illogicità, ingiustizia manifesta, falso presupposto, difetto di istruttoria.

Premesso che la nuova gara è basata sul medesimo progetto esecutivo non suscettibile di modifica da parte dei concorrenti, l'Autostrada non avrebbe modificato i criteri per proprie oggettive diverse necessità, ma in nome di una presunta illegittimità dei "vecchi" criteri, affermata dall'ANCE e sulla quale l'ANAC neppure si è espressa.

Tanto ciò è vero che, nella sostanza, i nuovi criteri, al di là della loro nomenclatura, altro non fanno che valorizzare la capacità esecutiva delle imprese, esattamente come i vecchi.

Si sono costituite in giudizio, con memoria di mero stile, anche le società Giuggia Costruzioni s.r.l., Co.Ge.Fa. Costruzioni Generali s.p.a. e Scandiuzzi Steel Constructions s.p.a..

All'udienza del 2 settembre 2020, previa discussione, la domanda cautelare è stata trattenuta dal collegio per la decisione.

Il collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria e sentite sul punto le parti costituite, rileva che sussistono i presupposti per la definizione del giudizio con decisione in forma semplificata ex artt. 60 e 120 comma 6 c.p.a..

Il ricorso introduttivo – i cui motivi, stante la stretta connessione logica, possono essere trattati congiuntamente - è infondato.

Giova premettere come l'art. 32 comma 8 del D. Lgs. 50/2016 faccia salvo l'esercizio dei poteri di autotutela della stazione appaltante anche dopo che l'aggiudicazione sia divenuta efficace, fino alla stipulazione del contratto.

Si tratta, come è noto, di un potere ampiamente discrezionale, che trova fondamento: a) nel principio costituzionale di buon andamento ed imparzialità della funzione pubblica, senza che, a tal fine, occorra una diffusa motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico; b) nel principio di diritto comune enucleato dall'art. 1328 c.c., in base al quale la proposta di concludere il contratto, qual è l'atto di indizione della gara, ancorché espressa in forma pubblicistica e subordinata all'osservanza delle regole procedurali per la scelta del contraente, è sempre revocabile fino a che l'accordo non sia concluso (così C.G.A.R.S., 18.6.2014, n. 327; Cons. di St., V, 23.2.2012, n. 1054; id., 12.2.2010, n. 743).

Un consolidato indirizzo giurisprudenziale conferma che, anche in relazione ai procedimenti ad evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, l'amministrazione conserva il potere di ritirare in autotutela il bando, le singole operazioni di gara o lo stesso provvedimento di aggiudicazione, ancorché definitivo, in presenza di vizi dell'intera procedura, ovvero a fronte di motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara, dovendo tener conto delle preminenti ragioni di

salvaguardia del pubblico interesse (cfr., tra le tante, Cons Stato, Sez. V, 9 novembre 2018, n. 6323, e la giurisprudenza ivi citata).

A ciò si aggiunga – ciò che assume particolare rilevanza nel caso di specie - che l'aggiudicatario provvisorio, in ragione della natura giuridica di atto ad effetti instabili della proposta di aggiudicazione, non appare neppure titolare di un affidamento giuridico meritevole di una tutela rinforzata, tale da richiedere – ex artt. 21-quinquies e 21-nonies della L. n. 241 del 1990 - un raffronto con l'interesse pubblico al ritiro dell'atto (giurisprudenza consolidata: cfr. Cons. di St., n. 6323/2018 cit., id., 18.7.2012, n. 4189).

Ciò posto, nel caso di specie non si tratta tanto di decidere se gli originari criteri di valutazione dell'offerta tecnica rispondessero o meno al canone legislativo di cui all'art. 95 comma 6 del D. Lgs. n. 50/2016 (che peraltro, alla lettera e, consente di valorizzare, in un'ottica "oggettiva", l'esperienza "*del personale effettivamente utilizzato nell'appalto*", non già dell'operatore economico), ovvero se essi fossero legittimi o meno, quanto di stabilire se, a fronte di consistenti dubbi sulla loro legittimità e/o adeguatezza, formulati in maniera articolata da un'importante associazione di costruttori edili (doc. 1 delle produzioni 28.8.2020 di Autostrada), nonché a fronte dell'apertura di un apposito procedimento da parte dell'ANAC nell'ambito dei propri poteri di vigilanza (doc. 2 delle produzioni 28.8.2020 di Autostrada), possa ritenersi legittimo l'esercizio del potere di autotutela, con il ritiro della legge di gara e la sua riedizione.

Ritiene il collegio che al quesito debba darsi risposta positiva.

Come ricordato più sopra, l'esercizio del potere di autotutela riveste infatti natura ampiamente discrezionale, e non richiede una specifica comparazione rispetto alle aspettative – di mero fatto – dell'aggiudicatario provvisorio.

Ciò significa che le ragioni di interesse pubblico sottese all'atto di ritiro della gara, ove effettivamente adottate dall'amministrazione ed ove plausibili e non affette da macroscopici vizi logici, sfuggono al sindacato giurisdizionale.

Nel caso di specie, la determinazione 29.7.2020 dell'amministratore delegato di Autostrada, per un verso ha rilevato che l'entità dei pesi e dei punteggi attribuiti agli elementi di valutazione "soggettiva" incideva in maniera rilevante (35 punti su 70) sulla determinazione del punteggio complessivo, in contrasto con quanto indicato dalle linee guida dell'ANAC e, soprattutto, dalla giurisprudenza amministrativa formatasi sul divieto di commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi di valutazione dell'offerta (cita a conforto le pertinenti sentenze Cons. di St., V, 22.10.2018, n. 6026 e 3.10.2012, n. 5197); per altro verso, sotto il profilo dell'interesse pubblico, ha sottolineato l'esigenza di evitare possibili ritardi nell'aggiudicazione dei lavori, che potrebbero derivare dall'adozione di determinazioni sfavorevoli all'esito del procedimento di vigilanza da parte dell'ANAC o – vale la pena di aggiungere – dalla eventuale impugnazione dell'aggiudicazione da parte degli altri concorrenti (stante il sopra richiamato indirizzo giurisprudenziale in punto di rilevanza ponderale del punteggio per un requisito soggettivo, ancora recentemente ribadito da Cons. di St., V, 17.3.2020, n. 1916).

Si tratta di una valutazione circa l'inopportunità della prosecuzione della gara a fronte dell'interesse pubblico alla stabilità dell'aggiudicazione che al collegio non appare irragionevole, e che, pertanto, sfugge ai rilievi della società ricorrente.

In vista del superiore conseguimento dell'interesse pubblico – la cui valutazione spetta in via esclusiva all'amministrazione - la celerità e la speditezza della procedura di gara non possono infatti andare a detrimento dell'aspettativa circa la tenuta e la stabilità giuridica dei suoi esiti finali.

Né può essere accolto il motivo svolto in via subordinata: anche a voler prescindere dalla circostanza che l'aggiudicatario provvisorio è titolare di un'aspettativa di mero fatto, è dirimente il rilievo che il lamentato vantaggio competitivo costituito, nella gara di prossima riedizione, dalla conoscenza dell'altrui punteggio tecnico e del ribasso offerto, è predicabile anche in capo al RTI Preve rispetto agli altri operatori invitati.

Il rigetto del ricorso determina l'inammissibilità per difetto di interesse dell'atto di motivi aggiunti, che per un verso non si appunta su clausole di natura immediatamente escludente (cfr. Cons. di St., Ad. Plen., 26.4.2018, n. 4), per altro verso non contiene specifici rilievi di legittimità avverso i nuovi criteri di valutazione dell'offerta tecnica (cfr. la premessa al quarto motivo, p. 19 dell'atto di motivi aggiunti).

Ciò nondimeno, in considerazione della novità della questione, sussistono i presupposti di legge per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

Rigetta il ricorso introduttivo e dichiara inammissibile il ricorso per motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 2 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

Richard Goso, Consigliere

L'ESTENSORE
Angelo Vitali

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO