**SENTENZE CONTRIBUTO 01.03**

Pubblicato il 20/02/2017
N. 00742/2017REG.PROV.COLL.
N. 05562/2016 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
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 5562 del 2016, proposto da:
La Splendor s.n.c. di Palmieri Giuseppe & C., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Angela Ferrara, con domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

il Ministero dell'Interno, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato,
domiciliato in Roma, alla via dei Portoghesi 12;

nei confronti di

la Ecoteam s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo dell’ATI Ecoteam s.r.l. - soc. Lucana Servizi s.r.l.; nonché la soc. Lucana Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandante dell’ATI Ecoteam s.r.l. - soc. Lucana Servizi s.r.l., rappresentate e difese dagli avvocati Antonio Melucci e Francesco Spiezia, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE IV, n. 03125/2016, resa tra le parti, depositata il 21 giugno 2016, concernente l’esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento dei servizi di pulizia delle sedi dei VV.FF. della Regione Campania;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno e delle imprese Ecoteam s.r.l. e Soc. Lucana Servizi s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2017 il Cons. Paolo Troiano e uditi per le parti gli avvocati Angela Ferrara, Marco Corsini per l'Avvocatura Generale dello Stato e Francesco Spiezia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con ricorso proposto dinanzi al Tar per la Campania l’impresa Splendor s.n.c. di Palmieri Giuseppe & C. chiedeva l’annullamento della determina a firma del Direttore regionale prot. n. 3222 del 2 marzo 2016, con cui la società La Splendor s.n.c. di Palmieri Giuseppe & C., previa revoca della aggiudicazione dell’appalto in suo favore, è stata esclusa dalla procedura di gara per l’affidamento, per un anno rinnovabile, dei servizi di pulizia delle sedi VVFF della Regione Campania, bandito dalla Direzione regionale dei VVFF della Campania, a causa dell’accertamento del grave errore nell’esercizio dell’attività professionale.

Nell’ambito di tale gara, bandita con il criterio di aggiudicazione dell’offerta più vantaggiosa (50 punti per l’offerta tecnica e 50 punti per quella economica), la Splendor si era originariamente aggiudicata l’appalto (con 94,548 punti), seguita dal raggruppamento Ecoteam – Lucana Servizi (con 82,60933 punti), ma, con l’impugnata determina adottata in via di autotutela, l’aggiudicazione era stata annullata e la Splendor era stata esclusa a seguito di un originario ricorso proposto dal raggruppamento Ecoteam – Lucana Servizi e dell’espletamento di soccorso istruttorio ai sensi dell’art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163/2006, disposto dal Tar con ordinanza cautelare. In particolare, l’originario ricorso ed i connessi motivi aggiunti, proposti dal raggruppamento Ecoteam, erano dichiarati improcedibili, poiché a seguito dell’ordinanza cautelare e delle susseguenti dichiarazioni rese dalla Splendor in sede di soccorso istruttorio, la stazione appaltante procedeva a valutare la gravità dell’errore professionale della società aggiudicataria sulla scorta delle precedenti risoluzioni contrattuali disposte da altre amministrazioni pubbliche in relazione ad appalti aventi ad oggetto il medesimo genere di servizio, e conseguentemente, con l’impugnata determina n. 3222/2016, a revocare l’aggiudicazione e ad escludere la società Splendor.

Avverso tale provvedimento la ricorrente censurava l’incompetenza del dirigente ad emanare l’atto di autotutela (l’esclusione sarebbe stata deliberata non già dalla Commissione di gara, nell’ambito delle ordinarie operazioni di valutazione della completezza e della regolarità delle offerte, bensì dagli organi ordinari della stazione appaltante) e deduceva sotto diversi aspetti l’illegittimità della determinazione adottata dall’amministrazione in ordine alla sussistenza di un grave errore professionale.

Con ricorso incidentale il raggruppamento Ecoteam – Lucana Servizi, divenuto aggiudicatario, contestava in ogni caso la legittimità della partecipazione de La Splendor s.n.c. di Palmieri Giuseppe & C. alla procedura di gara, per falsità della dichiarazione sull’esistenza del grave errore professionale, nonché per incompletezza, indeterminatezza, contraddittorietà ed anomalia dell’offerta.

Con la sentenza appellata il Tribunale amministrativo adito respingeva il ricorso disattendendo la censura di incompetenza, in quanto, rientrando l’aggiudicazione definitiva nella competenza esclusiva dell’Amministrazione appaltante, è quest’ultima il soggetto competente all’adozione dei provvedimenti di ritiro degli atti qualificati invalidi, in funzione di autotutela, senza che al riguardo possa configurarsi una qualche competenza della Commissione, e ritenendo non censurabili e sorrette da adeguata motivazione le valutazioni con cui la stazione appaltante ha evidenziato i presupposti di fatto dell’esclusione (pregressi inadempimenti) e ne ha tratto il convincimento di inaffidabilità dell’impresa, in forza della reiterazione e specificità degli stessi.

Con ricorso in appello notificato il 30 giugno 2016 proponeva appello l’impresa Splendor e chiedeva la riforma della sentenza appellata deducendo quattro motivi di gravame.

In particolare, con i primi tre motivi lamentava, sotto differenti profili: Errores in judicando – erroneità del presupposto – Violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato. Violazione artt. 24 e 111 della Costituzione – Violazione e falsa applicazione di legge (art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 – l. n. 241/1990 – d.lgs. n. 104/2010).

Con il quarto motivo si deduceva: Errores in judicando – erroneità del presupposto – Violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato. Violazione artt. 24 e 111 della Costituzione – Violazione e falsa applicazione di legge (art. 243 del d.lgs. n. 163/2006).

L’appellante riproponeva, inoltre, i motivi di ricorso proposti in primo grado e, a suo avviso, non compiutamente esaminati dal Tar nei loro diversi aspetti di censura, ed in particolare le censure di: Violazione di legge (d.lgs. n. 163/2006 – d.P.R. n. 207/2010 – l.n. 241/1990) – Violazione dell’ordinanza del Tar Campania n. 189/2016 – Eccesso di potere (Difetto dei presupposti di fatto e di diritto – difetto di istruttoria – mancata valutazione delle situazioni contemplate – carenza di motivazione – sviamento – manifesta ingiustizia – difetto di pubblico interesse) – Violazione art. 97 Costituzione.

Si costituivano in giudizio le parti appellate, chiedendo il rigetto del gravame. Il raggruppamento Ecoteam – Lucana Servizi indicato in epigrafe riproponeva, inoltre, i motivi di ricorso incidentale dichiarati assorbiti all’esito del primo grado del giudizio.

All’udienza del 19 gennaio 2017 la causa era trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

1.1 Si esaminano in primo luogo congiuntamente i primi tre motivi di gravame, con i quali si dispiegano censure fra loro correlate, nonché la parte terza del ricorso in appello, con cui si ripropongono i motivi di ricorso di primo grado ritenuti non compiutamente esaminati dal Tar.

Con il primo motivo, in particolare è lamentata la violazione nel caso di specie, da parte della stazione appaltante e del Giudice di prime cure, del criterio di valutazione previsto dall’art. 38, comma 1, lett. f), secondo capoverso del d.lgs. n. 163/2006, ratione temporis applicabile, in quanto la revoca e l’esclusione dell’appellante sarebbero state disposte senza valutare che la Splendor ha svolto da quasi dieci anni per l’amministrazione appellata il medesimo servizio di pulizia per cui si controverte, senza incorrere in inadempimenti, come da certificati di regolare servizio in atti, e l’amministrazione ha omesso di valutare tale elemento in sede di giudizio prognostico circa l’inaffidabilità del concorrente.

Con il secondo motivo si deduce che, diversamente da come ritenuto dal Tar, con il ricorso di primo grado non sarebbe stata contestata la valutazione di gravità dell’errore professionale da parte della stazione appaltante, ma è stata piuttosto censurata l’assenza in assoluto di una vera valutazione, in quanto il provvedimento impugnato sarebbe stato reso in modo acritico e dallo stesso trasparirebbe “l’assenza di valutazione, come si desume anche dalla carenza di motivazione”. Sarebbe, quindi, mancata la “motivata valutazione” imposta dal citato art. 38. In particolare, l’impugnato provvedimento avrebbe acriticamente escluso l’appellante per asserite residuali inadempienze riscontrate in relazione a servizi analoghi resi dalla stessa senza riservare neppure un cenno alle attestazioni di regolare espletamento del servizio oggetto di centinaia di appalti svolti, nel corso degli anni, e alla regolare esecuzione del medesimo servizio presso la stessa.

Il terzo motivo di gravame, infine, è diretto ad evidenziare l’erroneità della sentenza impugnata nel merito delle argomentazioni svolte, lamentandosi per un verso che la motivazione della determinazione di esclusione - ritenuta adeguata dal Tar – sarebbe comunque censurabile sotto i profili della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti, in quanto si sarebbe sostanziata in una mera elencazione dei pregressi inadempimenti contestati all’appellante, senza una valutazione dell’effettiva valenza del grave errore professionale compiuto. Per altro verso è riproposta la censura di incompetenza del Direttore regionale a rendere il giudizio di esclusione, contenuta nel primo motivo del ricorso di primo grado e respinta dal Tar.

I motivi di appello sono infondati.

Si premette che, ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006, “Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: […] che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”.

Il secondo periodo della disposizione in esame pone, quindi, a carico della stazione appaltante un duplice onere: accertare la sussistenza di uno o più errori commessi dal concorrente nell’esercizio della sua attività professionale; compiere una motivata valutazione in ordine alla gravità dell’errore o degli errori.

Nel caso di specie tale onere è stato assolto dall’Amministrazione appellata.

In particolare, quanto al primo profilo, la sussistenza di due risoluzioni per inadempimento e di una revoca dell’aggiudicazione a carico dell’appellante costituisce circostanza puntualmente verificata in sede istruttoria da parte della stazione appaltante.

Quanto al secondo profilo, l’Amministrazione, senza limitarsi ad una mera ricognizione delle suddette vicende, ha provveduto ad acquisire d’ufficio le determine comunali n. 12 del 20 gennaio 2010 del Comune di Sala consilina e n. 102 del 15 febbraio 2010 del Comune di Napoli, entrambe di risoluzione del contratto, nonché la sentenza con cui il Tar Campania – Napoli ha rigettato il ricorso dell’appellante avverso la revoca dell’aggiudicazione di appalto di pulizie presso l’A.G.I.S., ed ha provveduto ad esaminare sia i presupposti specifici di ciascuno di questi provvedimenti sia la motivazione della cennata pronuncia del Tar. In specie, nella motivazione della determinazione di esclusione viene evidenziato che la prima risoluzione venne disposta per “grave negligenza ed interruzione di pubblico servizio”, che la seconda intervenne per “grave inadempimento ed irregolarità dovuto [a] negligenza dell’appaltatore”, e che la sentenza menzionata dava atto che “il rapporto fiduciario tra la stazione appaltante e l’impresa aggiudicataria della gara sia gravemente compromesso dal mancato rispetto delle fondamentali garanzie poste a tutela dei lavoratori”; si dà conto che “i fatti descritti configurano la fattispecie dell’errore grave nell’esercizio dell’attività professionale disciplinato dall’articolo 38, comma 1, lettera f), del d.ls. 163/2006” e si dispone “conseguentemente” la revoca dell’aggiudicazione all’appellante.

Ritiene il Collegio che la valutazione di gravità dell’errore professionale richiesta dalla disposizione da ultimo citata debba ritenersi adeguatamente motivata allorché, come nel caso in esame, la stazione appaltante ponga a supporto del proprio giudizio le valutazioni di altre amministrazioni in ordine alla gravità degli inadempimenti dalle stesse riscontrati e l’accertamento con pronuncia giurisdizionale di comportamenti ritenuti dal Giudice tali da compromettere gravemente il rapporto fiduciario tra la stazione appaltante e l’impresa aggiudicataria, verificando i presupposti specifici di ciascuno di tali atti e, su questa base, facendo proprio il giudizio di gravità espresso in tali sedi. Si richiama, in tal senso, anche il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la dichiarazione di pregresse risoluzioni contrattuali anche da parte di stazioni appaltanti diverse da quella che bandisce l’appalto all’esame assume il carattere di elemento sintomatico in ogni caso apprezzabile, anche se proveniente da altra amministrazione e può fornire elementi oggettivi per le determinazioni della stazione appaltante (da ultimo Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2014, n. 2289); la vicenda relativa alla grave inadempienza con soggetto diverso dall’amministrazione che ha bandito la gara rientra, infatti, nella seconda parte della disposizione, che consente la valutazione dei precedenti professionali delle imprese concorrenti anche in rapporti contrattuali intercorsi con amministrazioni diverse da cui desumere, eventualmente, l’affidabilità dell’impresa che concorre; l’accertamento del grave errore professionale può avvenire con qualsiasi mezzo di prova ed è rimesso al giudizio insindacabile dell’amministrazione, salvo il limite della abnormità (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2013, n. 2610).

Va, inoltre, evidenziato che la motivazione richiesta dalla norma in esame ha ad oggetto in assoluto la gravità dell’errore o degli errori riscontrati, sicché anche una singola fattispecie o singole fattispecie di inadempimento possono giustificare il provvedimento di esclusione, ove si riscontri in concreto la sussistenza di un errore grave, senza che le conseguenze della commessione di un errore grave nell'esercizio dell’attività professionale nell’ambito di determinati rapporti possano essere evitate dalla prova della condotta adempiente tenuta dal concorrente in altri rapporti contrattuali con la stessa o con altre amministrazioni o che la stazione appaltante abbia l’onere di motivare rispetto alla rilevanza di tali condotte adempienti.

D’altro canto, una volta escluso che ricorra nella fattispecie in esame una situazione di carenza assoluta di valutazione e motivazione dell’atto impugnato, deve anche escludersi che l’esercizio dell’ampio potere discrezionale attribuito all’amministrazione evidenzi quei profili di manifesta illogicità, di chiara irrazionalità o di determinante errore fattuale che soli possono fondare il sindacato del giudice amministrativo (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 19 agosto 2015, n. 3950; id., 20 novembre 2015, n. 5299; id., 21 giugno 2012, n. 3666), indicando l’amministrazione in modo logico e razionale i presupposti in fatto della determinazione adottata e, per quanto detto, le ragioni delle conseguenti valutazioni in termini di gravità degli errori commessi.

Sulla base di tale premesse si appalesa, altresì infondata, la censura dedotta con la parte terza del ricorso in appello, con la quale si ripropongono i motivi di ricorso di primo grado che l’appellante ritiene non compitamente esaminati dal Tar, avendo il Tribunale adito correttamente esercitato il proprio sindacato sull’operato dell’amministrazione nei limiti ad esso consentiti.

1.2 Anche il motivo con cui l’appellante ripropone la censura di incompetenza del Direttore regionale a rendere il giudizio di esclusione risulta infondato, per violazione dell’art. 84 del d.lgs. n. 163/2006, non può trovare accoglimento.

Sul punto può osservarsi che l’atto di ritiro in via di autotutela dell’aggiudicazione, in quanto contrarius actus rispetto all’aggiudicazione (Cons. Stato, Sez. VI, 14 gennaio 2002, n. 149), è di competenza del medesimo organo che ha adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, e ciò anche quando l’atto di secondo grado sia adottato sul presupposto del rilievo di illegittimità verificatesi in relazione all’ammissione alla gara di un’impresa concorrente, che andava esclusa. Il citato art. 84 trova, infatti, applicazione in sede di gara e non in sede di esercizio di poteri di autotutela in momento successivo rispetto all’aggiudicazione (v. Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2009, n. 557).

2. Con il quarto motivo di gravame si deduce la violazione dell’art. 243-bis, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006, in quanto, avendo l’appellante informato la stazione appaltante dell’intenzione di proporre ricorso giurisdizionale e avendo l’amministrazione omesso di comunicare le proprie determinazioni ai sensi del comma 4 dello stesso articolo, tale comportamento è valutabile, fra l’altro, “ai fini della decisione sulle spese di giudizio”; invece, nel disporre la condanna alle spese non si è tenuto conto di tale aspetto.

La censura è fondata e tale profilo, pur non potendo condurre alla riforma nel merito della sentenza appellata, impone di disporre fra le parti la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

3. Il rigetto nel merito di tutti i motivi dell’appello principale rende superfluo l’esame dei motivi di ricorso incidentale dichiarati assorbiti all’esito del primo grado del giudizio e riproposti dal raggruppamento appellato.

**P.Q.M.**

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

Compensa fra le parti del spese del doppio grado di giudizio, per le ragioni indicate in motivazione.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Troiano, Consigliere, Estensore

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Daniele Ravenna, Consigliere

Pubblicato il 23/02/2017
N. 00852/2017REG.PROV.COLL.
N. 04479/2016 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
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 4479 del 2016, proposto da:
Sicurbau s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio eletto presso Antonio Formiconi, in Roma, via Cremera n. 11
contro
Comune di Paduli, in persona del legale rappresentante in carica, non costituito in giudizio
nei confronti di
Tekno Archedil s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Maria D'Angiolella, con domicilio eletto presso Sergio Como, in Roma, via G. Antonelli, n. 49;
Edil di Cerbo s.r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda ATI con la Costruzioni Demal s.r.l. e la Ferraro Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio
per la riforma
della sentenza del T.A.R. Campania - Napoli, Sezione I, n. 1064/2016, resa tra le parti, concernente affidamento dei lavori di ampliamento delle opere di urbanizzazione e dei servizi del piano degli insediamenti produttivi in località Saglieta.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Tekno Archedil s.r.l.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2017 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Prozzo e D'Angiolella;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

La Sicurbau s.r.l. ha partecipato alla gara d’appalto bandita dal Comune di Paduli per l’affidamento dei lavori di ampliamento delle opere di urbanizzazione e dei servizi del piano degli insediamenti produttivi in località Saglieta, collocandosi al terzo posto, dietro l’A.T.I. Edil Di Cerbo s.r.l./Costruzioni De.Ma.L. s.r.l./Ferraro Costruzioni s.r.l. (prima classificata e aggiudicataria) e la Tekno Archedil s.r.l. (seconda graduata).
Ritenendo l’aggiudicazione in favore dell’ATI capeggiata dalla Edil Di Cerbo illegittima, la Sicurbau l’ha impugnata con ricorso al TAR Campania – Napoli col quale ha sostenuto che le due concorrenti meglio classificate avrebbero dovuto essere escluse dalla gara:
a) la prima in quanto una delle mandanti (la Ferraro Costruzioni), avrebbe perso, nelle more della procedura, la qualificazione nella categoria OG10 necessaria per l’esecuzione dei lavori che la medesima, in base alla domanda di partecipazione, avrebbe dovuto svolgere;
b) la seconda perché, priva di attestazione SOA per le categorie OG03 – class. III, OG06 – class. IV bis e OG01 – class. III bis, avrebbe sopperito alla carenza del requisito mediante un contratto di avvalimento (stipulato con la Barone Costruzioni s.r.l.) inidoneo a farle acquisire la qualificazione mancante, per non avere ad oggetto né il complesso aziendale della società ausiliaria (bensì singoli beni ed isolate risorse del tutto insufficienti all’esecuzione dell’appalto), né la messa a disposizione della direzione tecnica e della certificazione di qualità della medesima ausiliaria.
Con sentenza 25/2/2016, n. 1064, il TAR ha respinto l’impugnazione diretta contro la Tekno Archedil e ha dichiarato improcedibile quella rivolta nei confronti dell’ATI aggiudicataria.
Conseguentemente ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto dalle società facenti parte dell’ATI suddetta.
Ritenendo la sentenza erronea e ingiusta la Sicurbau l’ha appellata chiedendone l’annullamento.
Per resistere all’appello si è costituita in giudizio la Tekno Archedil.
Con successive memorie le parti hanno ulteriormente illustrato le rispettive tesi difensive.
Alla pubblica udienza del 26/1/2017 la causa è passata in decisione.
Col primo motivo si censura l’impugnata sentenza nella parte in cui ha ritenuto infondato il motivo con cui era stata dedotta l’inidoneità del contratto di avvalimento stipulato dalla Tekno Archedil con la Barone Costruzioni, per sopperire alla carenza del requisito concernente l’attestazione SOA richiesta per partecipare alla selezione.
Sostiene l’appellante che, diversamente da quanto affermato nell’impugnata sentenza, il menzionato contratto non contemplerebbe l’effettiva messa a disposizione del complesso aziendale dell’impresa ausiliaria, della sua direzione tecnica e della sua certificazione di qualità aziendale, elementi questi necessari per l’idoneità del contratto di avvalimento a conferire all’impresa ausiliata l’attestazione SOA di cui quest’ultima è priva.
Il motivo è fondato.
Ai fini della partecipazione alla gara occorreva il possesso di attestazione SOA nelle categorie OG03 – class. IV bis, OG06 – class. III, OG10 class. II e OG01 – class. III bis.
La Tekno Archedil, priva della richiesta qualificazione, ha partecipato alla gara dichiarando di voler subappaltare i lavori relativi alla categoria OG10 e di volersi avvalere dell’attestazione SOA fornitale dalla Barone Costruzioni, in possesso delle seguenti categorie e classifiche: OG03 - class. VII, OG06 – class. V e OG01 – class. IV bis.
All’uopo le due società, mediante apposito contratto di avvalimento, hanno convenuto che l’ausiliaria si obbligasse <<… nei confronti della concorrente Impresa Tekno Archedil srl, a fornire tutti i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo ovvero di attestazione di certificazione SOA e quindi a qualificarla nelle categorie OG03 classifica VII, OG06 classifica V e OG01 classifica IV bis e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell’appalto, ed una somma in danaro di € 50.000,00 e tutti i mezzi necessari per l’esecuzione dei lavori e precisamente: “Escavatore cingolato Volvo Mod. EC140BLC Matricola n. V10281 – Pala Gommata Volvo Mod. L90E Matricola V20248 – Autocarro per trasporto di cose IVECO 35/E4 Telaio ZCFC35D1005630228 targato DB649CR” nonché attrezzature quali Martello Percussore, Smerigliatrici, Fresa, attrezzatura minuta da cantiere etc., materiali in deposito quali 100 ml di tubazione corrugata di vario diametro ed inerti di vario taglio, etc e n. 1 addetti specializzato ai lavori in oggetto i quali nominativi saranno comunicati prima dell’inizio dei lavori>>.
Il giudice di prime cure ha ritenuto l’accordo idoneo a conferire alla concorrente il requisito di cui era priva, affermando che: “il contratto di avvalimento indica specificamente quali risorse, di cui è carente la società partecipante, sono messe a disposizione dall’impresa ausiliaria (cfr. contratto di avvalimento: SOA riferita alle descritte categorie di lavori; somma di euro 50.000,00; escavatore cingolato; pala gommata; autocarro per trasporto; attrezzature da lavoro; materiali in deposito; n. 1 addetto specializzato).
Appare quindi soddisfatta l’esigenza – cui si è fatto cenno – di rendere concreto e controllabile l’impegno assunto dalla ausiliaria di mettere a disposizione le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l’attribuzione della SOA.
Non è poi condivisibile l’argomentazione di parte ricorrente, secondo cui detto avvalimento presenterebbe natura meramente cartolare.
In proposito, è documentalmente provato che gli automezzi indicati nel contratto di avvalimento (escavatore cingolato matricola n. V10282, pala gommata matricola n. V20248, autocarro tg. DB649CR) appartengono all’impresa ausiliaria Barone Costruzioni, così come risulta dagli atti di causa che detta società è in possesso della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2008 richiesta dal disciplinare di gara: peraltro, del possesso di tale certificazione vi è menzione nell’attestazione di qualificazione SOA della società Barone Costruzioni s.r.l. n. 10170/23/00 oggetto di avvalimento (cfr. documentazione depositata dalla società Tekno Archedil in data 19 ottobre 2015).
Non è quindi contestabile la natura reale e non fittizia del contestato avvalimento”.
Orbene, le conclusioni cui il TAR è giunto non possono essere condivise.
Come correttamente dedotto dall’appellante, quando, come nel caso di specie, oggetto dell’avvalimento è un’attestazione SOA di cui la concorrente è priva, occorre, ai fini dell’idoneità del contratto, che l’ausiliaria metta a disposizione dell’ausiliata l’intera organizzazione aziendale - comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse - che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire l’attestazione da mettere a disposizione.
Ed invero, in base al combinato disposto dell’art. 40 del D. Lgs. 12/4/2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici) e 76 del D.P.R. 5/10/2010, n. 207 (regolamento di esecuzione ed attuazione al detto codice) l’attestazione SOA è rilasciata da appositi organismi a seguito di un’articolata verifica istruttoria volta a constatare la sussistenza, in capo all’impresa richiedente, oltre che dei requisiti di ordine generale, di quelli indicati nell’art. 79 del citato D.P.R. n. 207/2010, nello specifico: “a) adeguata capacità economica e finanziaria; b) adeguata idoneità tecnica e organizzativa; c) adeguata dotazione di attrezzature tecniche; d) adeguato organico medio annuo”.
Inoltre, ai sensi dell’art. 63, comma 1, del medesimo D.P.R. n. 207/2010, per poter ottenere la qualificazione, in classifiche superiori alla I e alla II, “…le imprese devono possedere il sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000…”.
Dal che discende che l’attestazione SOA costituisce il frutto di una valutazione complessiva degli svariati elementi facenti parti dell’organizzazione aziendale, che non coincide con la mera sommatoria degli stessi e che non ne consente una considerazione atomistica.
Conseguente il contratto di avvalimento finalizzato a munire l’impresa ausiliata dell’attestazione SOA necessaria per partecipare alla gara deve avere ad oggetto il prestito dell’insieme delle dette risorse e tale oggetto, ai sensi dell’art. 88, comma 1, del citato D.P.R. n. 207/2010, dev’essere puntualmente determinato dal contratto, ovvero agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, secondo quanto recentemente affermato dall’Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato con sentenza 4/11/2016, n. 23.
Nel caso di specie, come più sopra rilevato, col contratto di avvalimento la Barone Costruzioni, dopo essersi genericamente impegnata a fornire alla concorrente “… tutti i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo ovvero di attestazione di certificazione SOA e quindi a qualificarla nelle categorie OG03 classifica VII, OG06 classifica V e OG01 classifica IV bis …”, si è obbligata a mettere a disposizione per l’esecuzione dell’appalto, oltre a una somma di € 50.000,00, i seguenti beni: “Escavatore cingolato Volvo Mod. EC140BLC Matricola n. V10281 – Pala Gommata Volvo Mod. L90E Matricola V20248 – Autocarro per trasporto di cose IVECO 35/E4 Telaio ZCFC35D1005630228 targato DB649CR” nonché attrezzature quali Martello Percussore, Smerigliatrici, Fresa, attrezzatura minuta da cantiere etc., materiali in deposito quali 100 ml di tubazione corrugata di vario diametro ed inerti di vario taglio, etc.”, nonché un lavoratore specializzato.
E’ evidente, pertanto, che il contratto, il quale contempla la messa a disposizione soltanto di alcuni limitati beni, di una non rilevante somma di denaro (in relazione all’importo a base d’asta pari a € 5.728.929,87) e di un solo lavoratore e che, per contro, non fa riferimento né alla direzione tecnica dell’ausiliaria (art. 79, comma 5, lett. a del citato D.P.R. n. 207/2010), né alla certificazione di qualità di quest’ultima, non può essere ritenuto idoneo allo scopo per cui è stato stipulato, ovvero quello di munire l’odierna appellata di adeguata attestazione SOA.
Alle considerazioni svolte è appena il caso di aggiungere che il riferimento fatto dalla Tekno Archedil alla sentenza più sopra citata (Cons Stato, A.P., n. 23/2016) risulta, nella specie, del tutto inconferente, atteso che il contratto da questa stipulato con la Barone Costruzioni non presenta aspetti di indeterminatezza del contenuto, anzi il regolamento pattizio è molto chiaro nel definire quali sono le risorse oggetto del “prestito”, solo che, per quanto sopra detto, quest’ultime non sono sufficienti al conferimento dell’attestazione SOA.
L’accoglimento del primo motivo rende necessario l’esame dell’ulteriore mezzo di gravame rivolto contro l’ammissione alla gara della costituenda ATI Edil Cerbo/Costruzioni Demal/Ferraro Costruzioni, non esaminato dal TAR e ritualmente riproposto dall’appellante.
Deduce quest’ultima che la suddetta concorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla selezione in quanto una delle imprese che ne facevano parte (la Ferraro Costruzioni), nelle more della gara, avrebbe perso l’attestazione SOA relativa alla categoria OG10, necessaria per lo svolgimento della quota di lavori assegnatale.
La doglianza è fondata.
In base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, da cui il Collegio non ha motivo di discostarsi, nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità
(cfr, fra le tante, Cons. Stato, A. P., 20/7/2015 n. 8).
Nel caso di specie, come emerge dalla documentazione agli atti (attestazione della Attico SOA in data 28/5/2015), la Ferraro Costruzioni, in possesso dell’attestazione SOA per la categoria OG10 al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, l’ha persa nel corso del procedimento ad evidenza pubblica.
Alla luce dell’enunciato principio di diritto la suddetta costituenda ATI doveva, dunque, essere esclusa dalla gara.
L’appello va, pertanto, accolto.
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.
La novità e complessità delle questioni affrontate giustifica 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 accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente FF
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere
Raffaele Prosperi, Consigliere
Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore
Daniele Ravenna, Consigliere

Pubblicato il 14/02/2017
N. 00239/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00072/2017 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 72 del 2017, proposto da:
Progetti di Impresa S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandro Bonanni, Andrea Bonanni, con domicilio eletto presso lo studio Alessandro Sciolla in Torino, corso Montevecchio N. 68;

contro

Provincia del Verbano Cusio Ossola non costituita in giudizio;

nei confronti di

Lba Consulting S.r.l. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento con cui la Provincia del Verbano Cusio Ossola ha disposto, in favore dell'impresa LBA Consulting S.r.l., l'aggiudicazione definitiva dell'appalto avente ad oggetto l'affidamento del servizio di sviluppo di una soluzione ICT per la messa a regime delle prestazioni socio-sanitarie erogate dal progetto Welfare Comunitario Overaged, assunto con la Determinazione Dirigenziale n. 1736 del 22/12/2016;

- della nota prot. 29017 del 22/12/2016 con cui l'Ente appaltante ha comunicato alla Progetti di Impresa S.r.l. l'adozione del provvedimento di cui sopra;

- di tutti gli atti ed i provvedimenti della Stazione appaltante e della Commissione giudicatrice, ivi inclusi i verbali di gara, nella parte in cui non hanno rilevato le gravi carenze dell'offerta della LBA Consulting S.r.l. e non hanno disposto l'esclusione della stessa dalla gara;

- dell'operato della Commissione giudicatrice nell'apprezzamento delle offerte tecniche formulate dai concorrenti, ivi inclusi i relativi verbali;

- dell'operato dell'Ente appaltante e della Commissione di gara nella verifica dell'anomalia dell'offerta aggiudicataria;

- dell'operato della Stazione appaltante e della Commissione di gara, nell'ambito delle verifiche svolte circa l'effettivo possesso dei requisiti di qualificazione in capo all'impresa aggiudicataria;

- nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti;

nonché per la condanna dell'Amministrazione intimata a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente monetario nella misura che sarà determinata in corso di causa, previa per quanto occorra dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la controinteressata.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2017 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto l’art. 60 cod. proc. amm. che consente al giudice amministrativo, adito in sede cautelare, di definire il giudizio con “sentenza in forma semplificata”, ove il giudice accerti la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria e nessuna delle parti dichiari che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o regolamento di giurisdizione;

Ritenuto di potere adottare tale tipo di sentenza, attesa la regolarità della notifica del ricorso, la completezza del contraddittorio, nonché la superfluità di ulteriore istruttoria;

Sentita sul punto parte ricorrente, che non ha manifestato osservazioni oppositive;

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue:

1) La società Progetti di Impresa S.r.l., ha partecipato alla gara indetta dalla Provincia del Verbano Cusio Ossola, per l'affidamento del servizio di sviluppo di una soluzione ICT per la messa a regime delle prestazioni socio-sanitarie erogate dal progetto Welfare Comunitario Overaged, classificandosi al secondo posto nella graduatoria definitiva.

Con ricorso notificato in data 20.1.2017 e depositato il giorno 27.1.2017, la ricorrente ha impugnato l’aggiudicazione definitiva del servizio, a favore della società Lba Consulting S.r.l., disposta con determina n. n. 1736 del 22/12/2016, nonché gli atti della gara, acquisiti in forza della domanda di accesso del 28.12.2016.

Ha quindi proposto le seguenti censure:

1) violazione dei principi di buon andamento, par condicio e segretezza delle offerta, violazione dell’art 59 c. 2 D. Lgs. 50/16, violazione della lex specialis; eccesso di potere per carenza di istruttoria, contraddittorietà e irragionevolezza: la lettera di invito prescriveva che la busta esterna, i plichi interni contenenti la documentazione amministrativa e le offerte tecnica ed economica, dovessero essere sigillati e controfirmati sui lembi di chiusura. Nel verbale del 4.10.2016 la commissione dà atto che la busta esterna contenente i plichi di offerta e all’interno il plico denominato A) contenente la documentazione amministrativa del concorrente LBA Consulting risultano inavvertitamente già aperti sul lato dopo la protocollazione. L’offerta avrebbe quindi dovuto essere esclusa, essendo stato violato il principio di segretezza e a nulla rilevando la circostanza che il plico contenente l’offerta tecnica e il plico contenente l’offerta economica risultano regolarmente sigillati, come ha osservato la commissione di gara;

2) violazione dei principi di ragionevolezza, buon andamento, par condicio e segretezza delle offerta, violazione degli artt. 32, 59,81,82,83,85 e 94 D. Lgs. 50/16, violazione della lex specialis; eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, in quanto l’aggiudicataria non ha dimostrato il possesso del requisito di capacità professionale di punta, dell’aver svolto una singola commessa per un servizio analogo;

3) violazione dei principi di ragionevolezza, buon andamento, par condicio e segretezza delle offerta, violazione dell’art. 95 D. Lgs. 50/16, violazione della lex specialis; eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, in quanto l’offerta della LBA non è aderente ai requisiti funzionali richiesti dalla lex specialis;

4) violazione dei principi di ragionevolezza, buon andamento, par condicio e segretezza delle offerta, violazione degli artt. 30, 95 e 97 D. Lgs. 50/16, eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione: a seguito della dichiarazione di anomalia, la stazione appaltante ha condiviso le giustificazioni, che tuttavia, secondo la ricorrente, non sono sufficienti a giustificare il costo del lavoro.

Né l’Amministrazione, né la controinteressata si sono costituite in giudizio, nonostante la regolarità della notifica.

Alla camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2017 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione ai sensi dell’art 60 c.p.a.

II) Il ricorso merita accoglimento, stante la manifesta fondatezza della prima censura, per la lamentata violazione del principio di segretezza delle offerte.

Secondo detto principio nelle gare d'appalto devono essere seguite ben precise formalità (funzionalizzate al perseguimento di tale finalità e adeguatamente precisate nel bando di gara), quali la sigillatura dei plichi con ceralacca o altre modalità, idonee a garantire che l'offerta e la documentazione allegata giungano alla Commissione di gara integre, non manomesse da alcuno (con tale espressione riferendosi alla possibilità di aggiunta, sottrazione o sostituzione di qualche documento o dell'offerta economica), né in condizioni di aver potuto subire manomissioni.

In tema di segretezza delle offerte, le vicende di cui la giurisprudenza si è principalmente interessata sono quelle dell'inesatto confezionamento dei plichi, della violazione dei sigilli e delle buste, giunte accidentalmente aperte presso la stazione appaltante, anche per responsabilità di terzi (quali il corriere che aveva effettuato la consegna, ovvero il servizio postale, ovvero altri uffici dell’Amministrazione).

In ogni caso la giurisprudenza ha ritenuto che viola il principio di segretezza delle offerte la mera circostanza che il plico sia pervenuto aperto alla Commissione di gara, indipendentemente dal soggetto cui sia addebitabile l'erronea apertura, dato che la regola è posta "a garanzia dei principi di par condicio e di segretezza delle offerte che altrimenti non risultano assicurati", in quanto "l'apertura del plico avrebbe dovuto essere effettuata dalla Commissione pubblicamente in contraddittorio ed il giorno della gara, e non invece in circostanze tali da non consentire alcuna certezza in ordine al rispetto delle regole di legalità previste per lo svolgimento della gara". E ciò ancorché la busta contenente l'offerta economica fosse intatta essendo pervenuta alla Commissione regolarmente sigillata (Cons. Stato sez. V, n. 1411 del 12. 3. 2001).

Nel caso in esame sono pacificamente giunti aperti avanti alla Commissione la busta esterna contenente i plichi di offerta e il plico, posto all’interno della busta, denominato A) contenente la documentazione amministrativa del concorrente LBA Consulting.

Risulta quindi evidente che è stato violato il valore della segretezza delle offerte, non solo perché avanti alla Commissione la busta contenente tutta la documentazione era aperta, ma anche il plico contenente la documentazione amministrativa.

Il ricorso va quindi accolto, con conseguente annullamento della determina di aggiudicazione impugnata. Dal momento che la lettera d'invito al "punto 20" prevedeva l'aggiudicazione della gara anche in presenza di una sola offerta valida, in accoglimento alla domanda di risarcimento in forma specifica, la ricorrente - seconda classificata - deve essere dichiarata aggiudicataria del servizio, ottenendo in tal modo una reintegrazione in forma specifica nella posizione sostanziale lesa che esclude ogni ipotesi di risarcimento alternativo, previa dichiarazione di inefficacia del contratto, nell’ipotesi in cui sia stato stipulato medio tempore.

III) Per le ragioni che precedono il ricorso va accolto, con conseguente annullamento dell’aggiudicazione.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla e dispone l’aggiudicazione del servizio a favore della ricorrente.

Dichiara l’inefficacia del contratto eventualmente stipulato medio tempore.

Condanna la Provincia del Verbano Cusio Ossola alle spese del presente giudizio a favore della società ricorrente, determinate in € 1.000,00 (mille,00), oltre oneri di legge, oltre al rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Primo Referendario

Pubblicato il 16/02/2017
N. 00053/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00191/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento
(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 191 del 2016, proposto dall’Impresa di costruzioni Ing. E. Mantovani S.p.a., in proprio e quale mandataria del RTI con le imprese mandanti Guerrato S.p.a., Gelmini Cav. Nello S.p.a., Medipass S.r.l., Unifarm S.p.a. e Unione Farmacisti Trentino-Alto Adige, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fulvio Lorigiola, Elena Laverda e Roberta De Pretis, con domicilio eletto in Trento, via S. Trinità n. 14, presso lo studio dell’avvocato Roberta De Pretis;
contro
la Provincia autonoma di Trento, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Di Ciommo, Nicolò Pedrazzoli e Giuliana Fozzer, con domicilio eletto in Trento, Piazza Dante n. 15, presso l’avvocato Giuliana Fozzer, nella sede dell’Avvocatura della Provincia;
nei confronti di
- Salini Impregilo S.p.a., in proprio e quale mandataria del RTI costituito con le imprese mandanti Codelfa S.p.a. e SST - Consorzio Stabile Servizi per la Sanità del Trentino a r.l., non costituita in giudizio;
- Impresa Pizzarotti & C S.p.a., in proprio e quale mandataria del RTI con le imprese mandanti Astaldi S.p.a., Astaldi Concessioni S.r.l. e Cristoforetti Servizi Energia S.r.l., non costituita in giudizio;
- società C.M.B. S.c.r.l., in proprio e quale mandataria del RTI costituito con le imprese mandanti Consorzio Stabile Techint Infrastrutture, Consorzio Lavoro Ambiente Soc. Coop., Collini Lavori S.p.a., Misconel S.r.l., Coopsette Soc. Coop., Ediltione S.p.a., Garbari S.p.a., Cordioli & C. S.p.a., Martinelli e Benoni S.r.l., Impresa di costruzioni Pretti e Scalfi S.p.a., Benedetti S.r.l., Elettrica S.r.l., Grisenti S.r.l., Masè Termoimpianti S.r.l., Consorzio Stabile Trentino Impianti S.r.l., D.S. Medica S.r.l., Servizi Ospedalieri S.p.a., Manutencoop Facility Management S.p.a., Trentina Calore S.r.l., Lavanderia Industriale Z.B.M. S.p.a., Servizi Italia S.p.a., Pulinet Servizi S.r.l. e Sico Società Italiana Carburo Ossigeno S.p.a., non costituita in giudizio;
per l’accertamento
della responsabilità precontrattuale e procedimentale della Provincia autonoma di Trento per la revoca della procedura di gara per l’affidamento, mediante ricorso alla finanza di progetto, del contratto avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva, la costruzione e la successiva gestione del Nuovo Polo Ospedaliero del Trentino, con conseguente condanna della Provincia autonoma di Trento a corrispondere alla ricorrente quanto dovuto a titolo di risarcimento del danno ovvero, in via subordinata, a titolo di indennizzo ai sensi dell’art. 21-quinquies della legge n. 241/1990, previo annullamento, se del caso, determinazione dirigenziale n. 37 in data 16 giugno 2016;

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l’atto di costituzione in giudizio della Provincia Autonoma di Trento;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell’udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2017 il dott. Carlo Polidori e uditi gli avvocati Elena Laverda e Roberta De Pretis, per la parte ricorrente, e Francesco Di Ciommo, per la Provincia Autonoma di Trento;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il dirigente del Servizio Edilizia Pubblica e Logistica della Provincia autonoma di Trento con la determinazione n. 365 del 14 dicembre 2011 ha autorizzato l’indizione della gara per la progettazione definitiva ed esecutiva, la costruzione e la successiva gestione del Nuovo Polo Ospedaliero del Trentino.
2. Alla gara hanno partecipato - oltre al RTI avente come mandataria l’Impresa di costruzioni Ing. E. Mantovani S.p.a. - anche il RTI avente come mandataria la società C.M.B. S.c.ar.l., il RTI avente come mandataria la società Impregilo S.p.a. ed il RTI avente come mandataria la società Impresa Pizzarotti & c. S.p.a.. All’esito della valutazione della Commissione tecnica è stato dichiarato aggiudicatario il RTI Impregilo, che è stato nominato promotore.
3. L’aggiudicazione è stata però impugnata dagli altri soggetti partecipanti alla gara innanzi a questo Tribunale (ivi compresa l’Impresa di costruzioni Ing. E. Mantovani S.p.a.), che - riuniti i diversi ricorsi - si è pronunciato con la sentenza n. 30 del 31 gennaio 2014. Tale sentenza è stata poi appellata innanzi al Consiglio di Stato, che si è pronunciato sugli appelli riuniti con la sentenza n. 5057 del 13 ottobre 2014. In particolare tale pronuncia: A) da un lato, ha confermato la sentenza di questo Tribunale nella parte in cui ha annullato il provvedimento di nomina della Commissione tecnica e tutti gli atti di gara successivi; B) dall’altro, ha accolto, in parte, l’appello di due concorrenti (il RTI Impregilo ed il RTI C.M.B.) riammettendoli in gara e precisando in motivazione che la Provincia «può procedere alla rinnovazione della gara a partire dalla fase di presentazione delle offerte. Peraltro, anche alla luce delle criticità emerse nei motivi sollevati dalle parti nei loro ricorsi, si ritiene che l’Amministrazione possa anche intervenire, nell’occasione, per perfezionare alcuni profili contestati delle disposizioni di gara. Sono fatti salvi ovviamente gli ulteriori atti dell’Amministrazione».
4. A seguito della pronuncia del Consiglio di Stato la Provincia ha proceduto a rivalutare le modalità per la realizzazione del nuovo ospedale. In particolare la Giunta Provinciale - previo confronto con altri soggetti interessati, quali l’Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari (di seguito denominata APSS), il Comune di Trento e la società Cassa del Trentino S.p.a. (di seguito denominata Cassa del Trentino) - con la deliberazione n. 438 del 25 marzo 2016 ha adottato un apposito atto di indirizzo recante la decisione strategica di non ricorrere più alla finanza di progetto, bensì di utilizzare una forma di appalto integrato complesso.
5. L’Amministrazione provinciale ha, quindi, comunicato ai quattro originari concorrenti l’avvio del procedimento finalizzato alla revoca della determina a contrarre relativa alla gara in questione, con caducazione degli atti di gara conseguenti. La società Mantovani, a sua volta, ha inviato le proprie osservazioni, contestando la legittimità della preannunciata revoca e rappresentando che la Provincia avrebbe comunque dovuto corrisponderle un risarcimento, ovvero un indennizzo, determinato in misura pari ad euro 13.602,383,62. Tuttavia tali osservazioni non sono state ritenute foriere di elementi significativi e, quindi, con la determinazione n. 37 del 16 giugno 2016 è stata disposta la revoca della gara indetta nel 2011, senza concedere alcun indennizzo.
6. La società Mantovani con il presente ricorso ha chiesto, in via principale, l’accertamento della responsabilità precontrattuale e procedimentale della Provincia, con conseguente condanna della stessa a corrispondere quanto dovuto a titolo di risarcimento del danno ovvero, in via subordinata, la condanna della Provincia a corrispondere l’indennizzo di cui all’art. 21-quinquies della legge n. 241/1990, previo annullamento, «se del caso», della determinazione dirigenziale n. 37 in data 16 giugno 2016.
7. La domanda principale - tesa all’accertamento dell’illiceità della condotta della Provincia per violazione delle regole di correttezza e buona fede sancite dall’art. 1337 cod. civ., nonché dei principi di celerità del procedimento dettati dall’art. 2 della legge n. 241/1990 - è affidata alle seguenti censure:
I) Elusione del giudicato amministrativo; travisamento della sentenza del Consiglio di Stato, n. 5057 del 13 ottobre 2014; eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifesta.
La sentenza del Consiglio di Stato n. 5057/2014 ha consentito all’Amministrazione di adottare ulteriori atti ritenuti opportuni o necessari, ma sempre nel quadro della «rinnovazione della procedura di gara a partire dalla fase di presentazione delle offerte». Pertanto la Provincia avrebbe dovuto rinnovare gli atti della procedura di gara solo a partire dall’atto di nomina della Commissione tecnica, ferma restando la validità ed efficacia di tutti gli atti adottati sino al 21 settembre 2012. Invece la Provincia si è determinata a revocare la gara riproponendosi di realizzare il nuovo ospedale attraverso un appalto ordinario. Sarebbe, quindi, palese la violazione del giudicato, perché la Provincia avrebbe volutamente travisato il contenuto della sentenza n. 5057/2014, nel tentativo di legittimare una scelta che si porrebbe in aperto contrasto con tale stessa.
II) Violazione dell’art. 2 della legge n. 241/1990 e dei principi di concentrazione e speditezza delle procedure di evidenza pubblica; negligenza e cattiva amministrazione per il grave ritardo nella revoca della procedura di gara.
La ricorrente contesta l’ulteriore assunto della Provincia - desumibile dall’atto d’indirizzo richiamato nell’impugnata determinazione dirigenziale - secondo il quale la revoca della procedura di gara sarebbe giustificata dal lungo lasso di tempo trascorso tra la pubblicazione del bando di gara (dicembre 2011) e la pubblicazione della predetta sentenza del Consiglio di Stato (ottobre 2014). In particolare la pretestuosità delle ragioni addotte dalla Provincia a supporto della revoca sarebbe resa palese dal fatto che: A) la Provincia con l’appello proposto avverso la sentenza di questo Tribunale n. 30 del 31 gennaio 2014 ha difeso l’attività svolta, ivi compresa la nomina della Commissione tecnica ed il suo operato, così confermando che il tempo trascorso dal dicembre 2011 all’ottobre 2014 non ha comportato alcuna nuova valutazione dell’interesse pubblico sotteso alla scelta di procedere all’affidamento mediante lo strumento della finanza di progetto; B) di converso il lungo periodo di tempo trascorso tra la pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato e l’adozione del provvedimento di revoca costituirebbe un chiaro sintomo della negligenza della Provincia, perché le gare pubbliche devono essere svolte con celerità anche al fine di evitare che, per effetto delle sopravvenienze, le condizioni tecnico-economiche cristallizzate nella lex specialis non rispondano più alle effettive esigenze dell’Amministrazione.
III) Insussistenza delle sopravvenienze invocate dalla Provincia a supporto della revoca della procedura di gara.
La ricorrente, nel richiamare le osservazioni presentate nel corso del procedimento, contesta le molteplici motivazioni addotte dalla Provincia a supporto della decisione assunta con la determinazione dirigenziale n. 37 del 2016. In particolare, con riferimento all’invocata evoluzione del quadro normativo della spending review, osserva che tale evoluzione era già intervenuta ben prima della nomina del promotore e della sentenza di questo tribunale. Quanto alla possibilità di finanziare direttamente l’intervento attraverso la Banca Europea degli Investimenti (di seguito denominata BEI), senza ricorrere alla finanza di progetto, osserva che: A) tale operazione è compatibile con l’impegno che la Provincia avrebbe assunto in caso di ricorso alla finanza di progetto; B) il costo di tale operazione non può essere posto a confronto con quello derivante dall’operazione di finanza di progetto, perché questa comprende anche l’espletamento di servizi il cui costo deve essere aggiunto a quello connesso agli interessi del mutuo; C) la finanza di progetto avrebbe garantito all’Amministrazione la certezza della spesa complessiva dei servizi per tutta la durata della concessione, a fronte della totale incertezza connessa alla nuova operazione di finanziamento prescelta; D) tenuto conto di quanto previsto nella sentenza del Consiglio di Stato n. 5057/2014, la Provincia avrebbe comunque potuto introdurre nella lex specialis apposite previsioni per rendere più attuali i volumi e le caratteristiche dei servizi offerti dall’affidatario; E) non risulta che la BEI abbia dato l’effettiva disponibilità a finanziare l’opera, né risulta che il finanziamento diretto possa garantire alla Provincia condizioni migliori di quelle che i quattro originari concorrenti avrebbero potuto offrire nel 2016, alla luce delle mutate condizioni del mercato, più favorevoli di quelle del 2012. Infine, secondo la ricorrente, analoghe considerazioni valgono anche per l’ampliamento delle aree disponibili per la realizzazione dell’intervento grazie alle intese raggiunte con il Comune di Trento, sia perché la questione era stata già affrontata prima del dicembre 2011, sia perché eventuali sopravvenienze ben potrebbero trovare un’apposita regolamentazione nell’ambito della disciplina convenzionale.
8. In via subordinata, per il caso in cui l’operato della Provincia fosse ritenuto lecito, la ricorrente chiede che venga comunque disposto in suo favore un indennizzo ai sensi dell’art. 21-quinquies della legge n. 241/1990, evidenziando che la determinazione dirigenziale n. 37 del 2016 nulla prevede al riguardo e, quindi, deve essere annullata in quanto palesemente illegittima.
9. La Provincia si è costituita in giudizio in data 16 settembre 2016 per resistere al ricorso e con memoria depositata in data 11 gennaio 2017 ha replicato eccependo innanzi tutto l’irritualità della domanda formulata con il primo motivo. Difatti la ricorrente - pur non agendo per l’esecuzione del giudicato formatosi sulla sentenza n. 5057/2014 - «configura una tipica azione di ottemperanza», senza considerare che il giudice competente a conoscere dell’inottemperanza al giudicato nel caso in esame va individuato nel Consiglio di Stato. Nel merito la Provincia ha eccepito che la sentenza n. 5057/2014 non ha imposto un obbligo puntuale, ma ha lasciato all’Amministrazione ampia discrezionalità sul se e come procedere. Del resto il potere di revocare la gara non doveva essere attribuito dal Giudice amministrativo, essendo previsto dall’art. 21-quinquies della legge n. 241/1990, fermo restando che lo stesso Consiglio di Stato ha fatto salvi gli ulteriori atti dell’Amministrazione, sì da consentire ulteriori valutazioni rispetto alla mera riedizione della gara (prima opzione), ovvero alla nuova gara emendata (seconda opzione).
10. Riguardo alle ulteriori censure la Provincia ha replicato che: A) a seguito della pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato n. 5057/2014 è stata svolta un’attenta analisi per verificare se, nonostante il tempo trascorso dall’indizione della gara, sussistesse ancora l’interesse pubblico sotteso alla medesima e se le scelte sino allora adottate potessero risultare ancora attuali; B) la decisione di revocare la gara, assunta all’esito di un complesso - e necessariamente lungo - esame di tutti gli aspetti attinenti alla progettazione, realizzazione e gestione dell’opera, è supportata da valutazioni che ineriscono alla disponibilità di aree aggiuntive, alle esigenze di spending review intervenute dopo il 2011, agli aspetti finanziari dell’opera, alla convenienza o meno di proseguire la gara con la finanza di progetto; C) non deve sorprendere il fatto che l’Amministrazione abbia difeso in giudizio il proprio operato, perché tale condotta è stata determinata dall’esigenza di evitare l’annullamento degli atti impugnati e la conseguente necessità di rinnovare il procedimento. Le censure dedotte con il secondo motivo non colgono, quindi, nel segno perché: A) il procedimento di revoca ha avuto inizio solo a seguito della delibera della Giunta provinciale n. 438 del 25 marzo 2016; B) se un ritardo c’è stato nella conclusione del procedimento, ebbene è imputabile unicamente alle imprese che hanno chiesto proroghe del termine originariamente assegnato per la presentazione delle proprie osservazioni.
11. La Provincia ha poi diffusamente replicato alle censure relative all’insussistenza delle sopravvenienze invocate a supporto della revoca, evidenziando innanzi tutto che è stato attivato un apposito gruppo di lavoro per esaminare l’attualità della scelta localizzativa del nuovo ospedale, considerando che era emersa finanche l’opportunità di reperire altrove le aree da utilizzare. L’esito della ricognizione svolta dal gruppo di lavoro: A) è documentato dalla relazione trasmessa al Comune di Trento, alla quale è seguita la nota inviata dal Comune di Trento in relazione alla scelta localizzativa e alla messa a disposizione di nuove aree, acquisita agli atti della Provincia in data 8 marzo 2016; B) è oggetto delle valutazioni del responsabile del procedimento, che nella sua relazione ha diffusamente replicato alle osservazioni pervenute dalle imprese concorrenti.
12. Quanto alle esigenze di spending review, solo successivamente all’indizione della gara del 2011, per effetto di un accordo che ha portato a modificare lo Statuto speciale di autonomia in materia finanziaria e di razionalizzazione della spesa pubblica e per effetto di una recente sentenza della Corte costituzionale, sono state precisate le competenze della Provincia. Difatti alla Provincia è stato attribuito il compito di assegnare le risorse finanziarie disponibili e di stabilire i vincoli, anche di spesa sanitaria, circostanza che rende legittimi e, anzi, doverosi gli atti che ridefiniscono il livello delle spese (anche sanitarie) a fini di riduzione, razionalizzazione e miglior utilizzo delle risorse pubbliche, fermo restando che gli obiettivi di spending review devono essere perseguiti anche indipendentemente da puntuali obblighi imposti dall’esterno e possono essere addotti a giustificazione di provvedimenti di revoca. I passaggi essenziali delle analisi svolte al riguardo sono riassunti ed evidenziati sia nell’atto di indirizzo della Giunta provinciale, sia nella relazione del Responsabile del procedimento.
13. Quanto agli aspetti finanziari, la Cassa del Trentino - tra i cui compiti rientra quello di provvedere alla gestione ed erogazione delle risorse finanziarie destinate agli enti e ai soggetti pubblici della Provincia per il finanziamento dei rispettivi progetti di investimento - nella propria relazione del 20 marzo 2015 ha evidenziato come la gara in questione sia stata bandita nella fase più critica che l’Italia si è trovata ad affrontare (novembre 2011) e che nel frattempo sono intervenute numerose modifiche, sotto il profilo fiscale (modifica del regime fiscale applicabile ai prestiti obbligazionari, aumento dell’aliquota IVA) e finanziario (disponibilità di forme alternative di finanziamento attraverso la BEI, variazione dell’aliquota IRAP, rischio di riclassificazione delle operazioni di partenariato pubblico-privato), che hanno mutato notevolmente lo scenario nel quale si inserirebbe l’originaria gara per la realizzazione del nuovo ospedale. In particolare, riguardo alla convenienza o meno di proseguire la gara con la finanza di progetto, la Provincia ha replicato alla tesi di controparte - secondo la quale la finanza di progetto copre anche costi per l’erogazione di servizi - evidenziando che: A) se il promotore potesse indebitarsi per la copertura dell’erogazione dei servizi, emergerebbe un ulteriore profilo ostativo alla prosecuzione della finanza di progetto in quanto l’ordinamento (art. 119, ultimo comma, Cost. e art. 16 del decreto legislativo n. 118/2011) vieta di finanziare le spese correnti con l’indebitamento, che nel caso in esame è, quindi, consentito solo per la costruzione del nuovo ospedale; B) il disciplinare di gara prevedeva una distinta esposizione del “prezzo” per la realizzazione dell’opera (punto 4.4), rispetto ai “canoni di servizio” (punto 4.5) per gestione tecnica dell’immobile, assistenza tecnica e manutenzione delle apparecchiature medicali e degli arredi, gestione dei rifiuti ospedalieri etc. e rispetto al “canone integrativo di disponibilità” (punto 4.6), fermo restando che, nelle cosiddette “opere fredde”, è proprio quest’ultima componente (e non i canoni di servizio) a garantire un’adeguata copertura del servizio di debito. Inoltre la Provincia ha evidenziato che, ricorrendo alla BEI quale canale prioritario per il cofinanziamento dell’opera, la Cassa del Trentino potrebbe attualmente ottenere tassi fissi contenuti, per lunghi periodi. Quindi ha diffusamente replicato alle ulteriori considerazioni svolte da controparte in merito alla maggiore convenienza, per l’Amministrazione, della finanza di progetto nel caso della costruzione e gestione di ospedali. Infine ha aggiunto che ulteriori importanti spunti di riflessione sono stati offerti dall’APSS, con la relazione inviata il 24 febbraio 2016 e allegata alla relazione del Responsabile del procedimento, in merito alla programmazione della spesa sanitaria, alla luce delle disposizioni normative intervenute tra il 2012 ed il 2015.
14. In ogni caso, secondo la Provincia, ferma restando la legittimità della scelta operata con la determinazione dirigenziale n. 37 del 2016, non è possibile configurare alcuna responsabilità di natura precontrattuale, perché: A) la giurisprudenza ritiene che tale forma di responsabilità presupponga l’individuazione del contraente, circostanza che nel caso in esame non si è verificata; B) nessuna negligenza è imputabile all’Amministrazione, che dopo la pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato n. 5057/2014 si è limitata a valutare, per il tramite dei propri uffici, le conseguenze del ritardo nella conclusione della procedura, senza richiedere alcunché ai concorrenti.
15. Riguardo alla domanda di indennizzo ai sensi dell’art. 21-quinquies della legge n. 241/1990, la Provincia ha eccepito che: A) la giurisprudenza nega la spettanza di tale indennizzo in casi come quello in esame, mancando il provvedimento di aggiudicazione; B) nessun pregiudizio ha sofferto controparte per effetto del provvedimento di revoca, perché poteva solo vantare il diritto a presentare un’offerta, diritto che non è stato pregiudicato dal nuovo bando pubblicato in data 8 settembre 2016.
16. La ricorrente con memoria depositata in data 19 gennaio 2017 ha eccepito, a sua volta, la tardività della memoria depositata dalla Provincia in data 11 gennaio 2017, evidenziando che il termine di cui all’art. 73, comma 1, cod. proc. amm. è scaduto il 9 gennaio 2017. Pertanto, ai sensi dell’art. 64 cod. proc. amm. il Collegio dovrebbe ritenere provati i fatti allegati con il ricorso e non contestati dall’Amministrazione. Inoltre, secondo la ricorrente, non potrebbero trovare conferma le decisioni assunte da questo Tribunale con le tre sentenze (la n. 398 e la n. 400 del 23 novembre 2016, nonché la n. 404 del 30 novembre 2016) di reiezione dei ricorsi proposti dal RTI Pizzarotti, dal RTI Impregilo e dal RTI C.M.B.. Difatti nel caso in esame non sarebbe in contestazione la legittimità della determinazione dirigenziale n. 37 del 2016, della quale non sarebbe stato chiesto l’annullamento. Inoltre, a differenza di quanto affermato nelle predette sentenze, nel caso in esame sarebbe configurabile una responsabilità precontrattuale della Provincia in quanto la procedura di gara era giunta «ad uno stadio tale da ingenerare nel RTI Mantovani la ragionevole aspettativa di conseguire l’aggiudicazione e quindi la stipulazione del contratto».
17. La Provincia con memoria depositata in data 19 gennaio 2017 ha preliminarmente replicato all’eccezione di tardività evidenziando che controparte ha chiesto anche l’annullamento della determinazione dirigenziale n. 37 in data 16 giugno 2016, sicché al presente giudizio si applica, ai sensi dell’art. 32, comma 1, cod. proc. amm., la dimidiazione dei termini processuali, che vale anche per il termine di cui all’art. 73, comma 1, cod. proc. amm. In via subordinata ha chiesto di essere rimessa in termini ai fini della produzione della memoria, in ragione dell’errore indotto dall’imprecisa formulazione delle domande di controparte. Nel merito ha insistito per il rigetto del ricorso, evidenziando che le domande proposte in questa sede sono analoghe a quelle respinte da questo Tribunale con le tre sentenze menzionate da controparte.
18. Alla pubblica udienza del 9 febbraio 2017 il ricorso è stato chiamato e trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare il Collegio ritiene che, quanto alla domanda di condanna dell’Amministrazione ad esibire gli atti oggetto dell’istanza di accesso in data 13 luglio 2016, ossia gli allegati alla relazione del “Responsabile del procedimento sulla valutazione dei motivi di revoca della gara per la realizzazione del Nuovo Ospedale di Trento”, vada dichiarata la cessazione della materia del contendere. Difatti in data 19 ottobre e 30 dicembre 2016 la Provincia ha prodotto in giudizio tutta la documentazione relativa al procedimento all’esito del quale è stata adottata la determinazione dirigenziale n. 37 del 2016.
2. Ancora in via preliminare il Collegio ritiene palesemente infondata l’eccezione di tardività della memoria depositata dalla Provincia in data 11 gennaio 2017. Dall’esame dell’epigrafe del ricorso e delle domande ivi proposte si evince inequivocabilmente che è stata impugnata anche la determinazione dirigenziale n. 37 del 2016, con conseguente richiesta di annullamento della stessa, seppure «se del caso». Pertanto trova in applicazione la dimidiazione dei termini processuali, prevista dall’art. 119, comma 2, cod. proc. amm. anche per le controversie relative ai provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di contratti pubblici, con l’ulteriore conseguenza che non vi è ragione di pronunciarsi sull’istanza di rimessione in termini formulata dalla Provincia.
3. Passando all’esame delle domande formulate con il ricorso, il Collegio osserva innanzi tutto che il Consiglio di Stato con la sentenza n. 5057/2016 ha disposto come segue: A) ha confermato l’appellata sentenza di questo Tribunale n. 30/2014 nella parte in cui ha annullato il provvedimento di nomina della Commissione Tecnica e tutti gli atti di gara successivi; B) ha accolto, in parte, l’appello del RTI C.M.B. e del RTI Impregilo e, per l’effetto, ha riformato l’appellata sentenza nella parte in cui ha disposto l’esclusione dalla procedura dei suddetti RTI; C) per effetto dell’accoglimento parziale ha riformato, nei sensi di cui in motivazione, l’appellata sentenza anche nella parte in cui ha disposto la rinnovazione della procedura di gara «a decorrere da detto passaggio procedimentale»; D) ha respinto tutti gli altri motivi sollevati con appello principale e con l’appello incidentale dalla PAT, dal RTI Impregilo, dal RTI Mantovani, dal RTI Pizzarotti e dal RTI C.M.B.
Ne consegue che il primo motivo - nella parte in cui viene dedotta la violazione/elusione del giudicato formatosi sulla sentenza n. 5057/2016, sul presupposto che tale pronuncia non prevede anche la possibilità di revocare la gara indetta nel 2011 - risulta palesemente inammissibile. Si deve infatti rammentare che ai sensi dell’art. 113 comma 1, cod. proc. amm. il criterio al quale occorre far riferimento per stabilire quale sia il giudice competente a definire il giudizio di ottemperanza va ricercato nel dispositivo della sentenza di secondo grado nel senso che, ove esso si limiti a rigettare l’appello, il giudizio di ottemperanza deve essere proposto al giudice di primo grado; ove invece contenga statuizioni che evidenzino un diverso percorso motivazionale e, conseguentemente, uno scostamento dal dispositivo della decisione gravata, allora la competenza è del Giudice d’appello (Consiglio di Stato, Sez. V, 24 luglio 2013, n. 3958). Inoltre la giurisprudenza ha precisato che, al fine di consentire l’unitarietà di trattazione di tutte le censure svolte dall’interessato a fronte della riedizione del potere, conseguente ad un giudicato amministrativo, le relative doglianze devono essere dedotte innanzi al giudice dell’ottemperanza, sia perché questi è il giudice naturale dell’esecuzione della sentenza, sia in quanto è il giudice competente per l’esame della forma di più grave patologia dell’atto, qual è la nullità; pertanto, in presenza di una tale opzione processuale, il giudice dell’ottemperanza è chiamato in primo luogo a qualificare le domande prospettate, distinguendo quelle attinenti propriamente all’ottemperanza da quelle che, invece, hanno a che fare con il prosieguo dell’azione amministrativa, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisori; in particolare, nel caso in cui il giudice dell’ottemperanza ritenga che il nuovo provvedimento emanato dall’Amministrazione configuri una violazione o elusione del giudicato, dichiarandone così la nullità, a tale dichiarazione non potrà che seguire l’improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della seconda domanda; invece, in caso di rigetto della domanda di nullità il giudice disporrà la conversione dell’azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione (in tal senso Consiglio di Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2).
Pertanto, posto che la sentenza del Consiglio di Stato n. 5057/2016 reca statuizioni che evidenziano un diverso percorso motivazionale e uno scostamento dal dispositivo della sentenza di questo Tribunale n. 30/2014, il Collegio ritiene che la ricorrente per contestare la violazione/elusione del giudicato avrebbe dovuto adire il Consiglio di Stato, denunciando in tale sede la nullità degli atti impugnati.
4. Quanto alle ulteriori censure, ancor prima di procedere all’esame delle molteplici questioni poste all’attenzione del Collegio giova premettere che il Consiglio di Stato con la sentenza n. 5057/2014 ha, tra l’altro, confermato la sentenza di questo Tribunale n. 30/2014 nella parte in cui ha annullato il provvedimento di nomina della Commissione Tecnica e tutti i successivi atti della gara bandita nel 2011 per la realizzazione del nuovo ospedale di Trento con il sistema della finanza di progetto.
Pertanto l’impugnata determinazione dirigenziale n. 37 del 2016 va ad incidere essenzialmente su un atto avente limitata valenza esterna, qual è la determinazione dirigenziale n. 365 del 2011, con la quale era stata autorizzata l’indizione della gara con il sistema della finanza di progetto. Difatti, secondo una consolidata giurisprudenza (ex multis, T.A.R. Puglia Lecce, Sez. II, 29 luglio 2014, n. 2026), la determina a contrarre è un atto endoprocedimentale, di regola inidoneo a costituire in capo ai terzi posizioni di interesse qualificato, perché la sua funzione attiene essenzialmente alla corretta assunzione di impegni di spesa da parte dell’Amministrazione. Resta fermo, ovviamente, che la revoca della determinazione a contrarre ha travolto gli atti della procedura di gara non annullati dal Giudice amministrativo.
5. Ciò premesso, il Collegio osserva innanzi tutto che - sebbene la ricorrente abbia chiesto solo eventualmente l’annullamento della determinazione dirigenziale n. 37 del 2016, senza specificare ulteriormente le ragioni di tale domanda - le censure dedotte con il terzo motivo hanno evidentemente ad oggetto le diverse motivazioni poste a fondamento della revoca della precedente determinazione n. 365 del 2011, con la quale era stata autorizzata l’indizione della gara, mediante finanza di progetto, per l’affidamento del contratto avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva, la costruzione e la successiva gestione del nuovo ospedale. Tali motivazioni si evincono sia dalla deliberazione n. 438 del 2016, recante un “atto di indirizzo in ordine alla realizzazione del Nuovo Polo Ospedaliero del Trentino”, adottato dalla Giunta Provinciale a seguito degli approfondimenti istruttori successivi alla pubblicazione della sentenza n. 5057/2016, sia dalla suddetta relazione del Responsabile del procedimento sulla valutazione dei motivi della revoca, nella quale sono compendiate e valutate le osservazioni presentate dalle imprese (ivi compresa la ricorrente) che hanno preso parte alla gara.
6. In particolare dalla deliberazione n. 438 del 2016 emerge che la Provincia - muovendo dal presupposto che la sentenza del Consiglio di Stato n. 5057/2016 consentisse di rinnovare la procedura di gara, oppure di procedere in altro modo per la realizzazione e gestione del nuovo ospedale - in considerazione del periodo trascorso tra la pubblicazione del bando (dicembre 2011) e la pubblicazione della predetta sentenza (ottobre 2014) ha provveduto ad «un aggiornamento delle più recenti esigenze operativo-gestionali dei servizi sanitari provinciali, nonché dei profili economico-finanziari e della sostenibilità dell’opera per i bilanci della Provincia rispetto a quanto elaborato nel 2011», seguendo tre distinte direttrici.
L’aggiornamento ha avuto ad oggetto in primo luogo le novità in materia di politiche sanitarie, con particolare riferimento all’evoluzione del quadro normativo sulla spending review. Al riguardo nella suddetta delibera viene evidenziato quanto segue: «I nuovi standard, individuati dalla normativa nazionale e provinciale in un’ottica di efficientamento della spesa pubblica per il servizio sanitario allo scopo di assicurare la sostenibilità della stessa, nonché l’appropriatezza e la qualità delle prestazioni sanitarie erogate, evidenziano una significativa contrazione di tale spesa rispetto al 2011. L’APSS ha effettuato le necessarie valutazioni sull’impatto delle disposizioni sopravvenute in materia di spending review e delle normali evoluzioni delle prestazioni sanitarie sull’originaria impostazione della gara del 2011 ed ha stimato, in particolare, una riduzione apprezzabile dei costi annuali per servizi non sanitari. La politica sanitaria, in termini di volumi e caratteristiche dei servizi offerti, si è evoluta negli ultimi anni, connotandosi per una forte esigenza di flessibilità operativa in relazione a tipologia, durata e costi della spesa sanitaria. È evidente che questa impostazione risulta scarsamente coerente con le caratteristiche di contratti di partenariato pubblico privato. Le novità sopravvenute nell’organizzazione sanitaria trentina e in materia di spending review condurrebbero oggi ad una diversa impostazione della gara, in termini quantitativi e soprattutto qualitativi in relazione ai servizi richiesti».
Un ulteriore aggiornamento ha riguardato gli aspetti di natura strettamente economico-finanziaria del progetto, in ragione delle mutate condizioni dei mercati finanziari intervenute dopo il 2011. Al riguardo nella delibera viene evidenziato quanto segue: «A partire dal 2012 Cassa del Trentino S.p.A. ha avviato un’intensa collaborazione con la Banca Europea per gli Investimenti. La BEI ha manifestato l’interesse a sostenere la realizzazione del Nuovo Polo Ospedaliero del Trentino mediante concessione di un finanziamento, a tassi di interesse molto bassi e senza oneri di strutturazione/commissioni. L’intervento della BEI consentirebbe di beneficiare di condizioni di finanziamento particolarmente favorevoli e, dunque, di avere un minore impatto sul bilancio provinciale rispetto ad altre forme di finanziamento. Dagli approfondimenti di Cassa del Trentino S.p.A. emerge come i benefici attesi per la Provincia dal nuovo contesto di riferimento dei mercati finanziari rispetto al 2011 siano oggi maggiori nell’ipotesi di appalto tradizionale, principalmente in ragione delle condizioni finanziarie applicate dalla BEI (tasso fisso stimato nell’analisi pari al 2% anche se quotato dalla BEI, a marzo 2015, pari all’1,35%). L’aggiornamento circa le modalità di realizzazione del Nuovo Polo Ospedaliero del Trentino non può, infine, prescindere dall’analisi della sostenibilità per i bilanci provinciali dei prossimi 30 anni degli oneri di realizzazione e gestione dell’opera (la concessione del 2011 prevedeva, infatti, 5 anni di progettazione-costruzione e 25 anni di gestione). Il nuovo quadro della finanza provinciale ha risentito del progressivo contributo che la Provincia è stata chiamata a dare al risanamento dei conti pubblici nazionali in questi ultimi anni e, da ultimo, con il Patto di Garanzia (come recepito dalla legge n. 190/2014, articolo 1, commi 406-416). In questo contesto per la Provincia si rende necessario sia valutare con particolare prudenza gli impegni da assumere per lunghe durate, sia attivare forme di contenimento/ razionalizzazione della spesa pubblica in parte corrente ed in conto capitale».
A tali aggiornamenti si è aggiunto quello relativo ad un’eventuale ricollocazione del nuovo ospedale su una diversa area nel Comune di Trento, in ragione dell’aggiornamento - che nel 2011 era ancora in fase di definizione finale - dell’Accordo di programma quadro concernente “Interventi per la razionalizzazione delle sedi e delle strutture statali e provinciali nella città di Trento”, stipulato tra Ministero dell’Interno, Ministero della Giustizia, Ministero della Difesa, Ministero dello Sviluppo economico, Agenzia del Demanio, Agenzia delle Entrate, Provincia autonoma di Trento e Comune di Trento, in base all’intesa istituzionale di programma tra il Governo e la Provincia autonoma di Trento del 2001. Al riguardo nella suddetta delibera - premesso che la Giunta provinciale e la Giunta del Comune di Trento nel corso dell’incontro tenutosi in data 23 ottobre 2015 hanno convenuto di costituire un apposito gruppo tecnico paritetico per lo svolgimento degli approfondimenti inerenti alle diverse opzioni relative all’area su cui localizzare il nuovo ospedale - viene conclusivamente evidenziato quanto segue: «Sulla base delle valutazioni svolte dal gruppo tecnico paritetico, Provincia e Comune di Trento nel corso dell’incontro del 23 febbraio 2016, hanno convenuto sulla vocazione urbana del Nuovo Ospedale del Trentino. Il comune di Trento ha inviato in data 8 marzo 2016, prot. n. 46574, una nota di conferma della localizzazione del Nuovo Polo Ospedaliero del Trentino nell’area di via al Desert e con l’impegno espresso a disporre la cessione alla Provincia delle aree dell’adiacente zona sportiva da finalizzare alle necessità di riprogettazione delle strutture sanitarie proposte dalla Provincia».
Tali approfondimenti hanno indotto la Giunta a ritenere: A) «conveniente procedere ad una nuova programmazione dell’opera in oggetto, da realizzare con modalità progettuali, operative ed esecutive diverse da quelle originariamente programmate e, dunque, non più con gli strumenti della finanza di progetto»; B) «necessario procedere ad una progettazione dell’opera che tenga conto delle nuove aree rese attualmente disponibili dal Comune di Trento; tale disponibilità aggiuntiva di aree consentirà di rivedere la distribuzione funzionale delle volumetrie e degli spazi, nonché di definire un diverso sviluppo delle dotazioni infrastrutturali (in primis quelle viarie), al fine di ottimizzare l’utilizzo degli spazi urbani ed il raccordo con la mobilità urbana ed extraurbana»; C) preferibile procedere alla realizzazione dell’opera mediante contratto di appalto, «considerate le indicazioni fornite da APSS (riduzione dei costi annuali per i servizi non sanitari ed esigenze di flessibilità gestionale) ed in base alle analisi di Cassa del Trentino S.p.A. ed all’esperienza della stessa nell’utilizzo delle risorse BEI (utilizzabili per un importo pari al 50% del costo dell’opera mediante finanziamento da rimborsare in 25 anni al tasso fisso quotato a marzo 2015 pari all’1,35% ed a febbraio 2016 all’1,30%)».
Pertanto la Giunta con la delibera in questione ha adottato un apposito atto di indirizzo, prevedendo: «1) di riconoscere che per sopravvenuti motivi di interesse pubblico riportati in premessa - approfondimenti di natura sanitaria dell’APSS, di natura finanziaria (e coinvolgimento della BEI) di Cassa del Trentino S.p.a., nonché in ragione delle politiche di spending review attivate in campo sanitario - non è più conveniente per la Provincia procedere alla realizzazione del Nuovo Polo Ospedaliero del Trentino mediante finanza di progetto, come originariamente stabilito negli atti che hanno portato alla gara bandita nel 2011; 2) di stabilire la necessità di procedere ad una nuova programmazione dell’opera da realizzare con modalità tradizionali di affidamento tramite appalto, secondo le indicazioni fornite in premessa; 3) di stabilire, per le motivazioni indicate in premessa, che devono essere dichiarate conseguentemente non più da perseguire, per interesse pubblico sopravvenuto, le indicazioni a suo tempo impartite dalla Giunta provinciale in relazione alla costruzione e gestione del Nuovo Polo Ospedaliero del Trentino mediante ricorso alla finanza di progetto; 4) di disporre che, in conseguenza dei precedenti punti del dispositivo, l’Allegato n. 1 alla deliberazione n. 939 del 2011 con oggetto “Approvazione del piano di lavoro per la realizzazione del Nuovo Polo Ospedaliero del Trentino”, risulta allo stato della attuale programmazione sanitaria non più esaustivo in relazione alla definizione degli elementi contenuti nel documento preliminare per la progettazione del Nuovo Polo Ospedaliero del Trentino».
Le suesposte motivazioni già consentono di evidenziare che la revoca della gara indetta nel 2011 viene giustificata adducendo sopravvenuti motivi di pubblico interesse, che hanno determinato una rimeditazione della scelta della finanza di progetto come modalità di realizzazione dell’opera.
7. Passando alla relazione del Responsabile del procedimento, su cui si fonda l’impugnato provvedimento di revoca, dalla stessa si evince che le osservazioni delle imprese che avevano partecipato alla gara hanno riguardato le tre direttrici lungo le quali si sono svolti gli approfondimenti istruttori della Provincia.
Innanzi tutto le imprese hanno evidenziato che l’obbligo di riduzione dei costi nel settore sanitario era già noto antecedentemente all’indizione della gara e, quindi, non si configurava come un fatto sopravvenuto. A tal riguardo il Responsabile del procedimento ha replicato che: A) anche a non voler qualificare la spending review come un fatto sopravvenuto, purtuttavia la vigente normativa in materia consentirebbe una nuova valutazione dell’interesse pubblico originario, cioè anche in relazione ad esigenze finanziarie preesistenti alla gara; B) «non è neppure vero che le disposizioni di spending review siano state tutte definite in un’epoca antecedente alla gara (indetta il 15 dicembre 2011) in quanto ve ne sono di successive che hanno gradualmente ridotto la capacità di spesa non solo nel settore sanitario ma in generale»; C) «solo negli ultimi periodi, per effetto di un accordo che ha portato a modificare lo Statuto speciale di autonomia proprio in materia finanziaria e di razionalizzazione della spesa pubblica e per effetto di una recente sentenza della Corte costituzionale, sono state precisate meglio le competenze della Provincia autonoma che, ora, può consapevolmente e responsabilmente procedere ad effettuare determinate scelte»; D) «gli obiettivi di spending review vanno esaminati e perseguiti anche indipendentemente da precisi obblighi stabiliti dal contesto normativo ed amministrativo generale di riferimento, potendo essere comunque addotti a giustificazione di singoli provvedimenti di revoca. Al riguardo, va ricordato che la giurisprudenza afferma che è da considerarsi legittimo il provvedimento di revoca di una gara di appalto, disposta in una fase non ancora definita della procedura concorsuale, prima del consolidarsi delle posizioni delle parti e quando il contratto non è stato ancora concluso, motivato anche con riferimento al risparmio economico che deriverebbe dalla revoca stessa, ciò in quanto l’articolo 21-quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241 ammette un ripensamento da parte della amministrazione a seguito di una nuova valutazione dell’interesse pubblico originario».
Quanto ai mutamenti del contesto economico-finanziario e alla comparazione tra l’ipotesi di realizzazione e gestione del nuovo ospedale in forma diretta (appalto tradizionale) e mediante il coinvolgimento di capitali privati (partenariato pubblico privato), evidenziati nell’analisi della Cassa del Trentino, le osservazioni delle imprese hanno riguardato: A) il fatto che il mutato contesto economico-finanziario si traduce nell’opportunità di una riduzione dei costi anche per i privati, con conseguente possibilità di migliorare le offerte; B) il fatto che le possibilità di accedere ad un finanziamento BEI è soltanto presunto e, quindi, non dimostrato. A tal riguardo il Responsabile del procedimento ha replicato che: A) «non è possibile parlare di equivalenza delle condizioni di accesso al credito da parte di soggetti privati e da parte di un ente pubblico, dato che i primi sono soggetti a rischio d’impresa (con conseguente assunzione, in certa misura, degli oneri derivanti da maggiori costi di costruzione di gestione e con possibilità di assoggettamento alla disciplina fallimentare per motivi legati all’attività svolta dai promotori e dalla stessa società di progetto) mentre il secondo non agisce con analoga assunzione di rischio d’impresa: il che si traduce in differenti condizioni di accesso al mercato finanziario»; B) «l’affermazione della predetta equivalenza, oltre ad essere generica, è anche del tutto indimostrata dato che è fatto notorio che le condizioni di accesso al mercato creditizio da parte dei privati non è migliorata negli ultimi anni e, anzi, i maggiori rischi di azione sul mercato privato e il prolungarsi dell’incertezza di prospettiva economica si sono tradotti, semmai, in restrizioni all’erogazione di finanziamenti a soggetti privati»; C) «altra rilevante differenza è che l’amministrazione, per procurarsi finanziamenti, potrebbe comunque accedere al credito tramite società di sistema (in particolare tramite Cassa del Trentino), indipendentemente dalla stessa possibilità di accesso alla BEI»; D) «per quanto attiene all’accesso alla BEI, è ovvio che la sua attivazione è condizionata, necessariamente, dalla revoca della gara: non ha senso, pertanto, obiettare che non esiste un finanziamento già formalmente concesso essendo sufficiente, allo stato attuale delle cose, che vi sia una possibilità di accesso sulla base dei relativi presupposti e sulla base della semplice disponibilità»; E) «esiste già una pregressa esperienza che dimostra che l’accessibilità ai prestiti BEI da parte della PAT è già stata concretizzata in almeno tre episodi di un certo rilievo, in occasione dei quali sono stati riscontrati, oggettivamente, notevoli vantaggi rispetto al ricorso al finanziamento da parte di privati».
Infine, con riferimento alle nuove aree messe a disposizione dal Comune di Trento ed alla conseguente necessità di progettare le nuove infrastrutture viarie a servizio dell’opera, le imprese concorrenti hanno osservato che tali aree sono marginali in quanto non modificano le scelte sull’ubicazione del nuovo ospedale, ma solo la viabilità di accesso. Il Responsabile del procedimento ha replicato che: A) «la modifica dell’area interessata si traduce, in realtà, in una profonda modificazione dell’idea originaria che era stata posta in gara»; B) «il contesto normativo, oggi profondamente cambiato a seguito del recepimento delle recenti normative comunitarie, che impongono un’attenzione maggiore, rispetto al passato, al progetto: l’affermazione che si può sistemare l’opera “strada facendo” è oggi assolutamente inaccettabile proprio sul piano giuridico oltre che sul piano fattuale, dato che il nuovo regime delle “modifiche contrattuali” è assai più stringente rispetto al passato. La centralità del progetto, che non può più essere modificato a piacimento in un momento successivo (in sede esecutiva), impone una maggiore attenzione sulle scelte preliminari che vanno, quindi, attentamente valutate e programmate con tutte le sfaccettature, senza lasciare più nulla al caso o all’improvvisazione: l’affermazione che con una semplice modifica della convenzione si può dare soluzione a problematiche che, invece, avrebbero dovuto essere considerate prima ancora di indire una gara o, comunque, prima di proseguirla, è dunque scorretta perché il nuovo quadro normativo di riferimento vieta la realizzazione di “modifiche sostanziali” ai sensi del comma 5 dell’articolo 27 della LP 9 marzo 2016, n. 2 (vedasi anche, negli stessi termini: considerando n. 107 e articolo 72 della Direttiva 24/2014). In particolare, il fatto che la possibilità di includere le nuove aree comunali non fosse prevista neppure come opzione possibile al momento dell’indizione della gara, inficia la possibilità di ricondurre tale variante nell’ambito delle previsioni della lettera “a” del comma 2 dell’articolo 27 della citata LP 2/2016 e né, d’altra parte, sono ravvisabili i presupposti previsti dalle restanti lettere da “b” a “d” del medesimo comma 2»; C) «per effetto delle nuove disponibilità di aree, si realizzano sicuramente le condizioni per considerare “sostanziale” qualunque futura modificazione contrattuale, essendo evidente che la modifica realizzativa comporta conseguenze sulle scelte da effettuarsi in offerta, tali da rendere la gara anche appetibile a soggetti differenti dagli originari promotori»; D) «la nuova disciplina delle modifiche contrattuali è di immediata applicabilità in quanto, in base al comma 12 dell’articolo 73 della LP 2/2016, essa si applica anche ai contratti in essere e quindi, a maggior ragione, alle procedure di gara in corso».
8. Tenuto conto di quanto precede, il Collegio preliminarmente osserva che i provvedimenti di revoca si configurano come tipici atti di natura discrezionale e che la discrezionalità dell’Amministrazione, nell’adozione di provvedimenti della specie, risulta ancor più ampia quando la revoca va ad incidere su rapporti non ancora consolidati.
Emblematica in tal senso appare la giurisprudenza in materia di revoca dell’aggiudicazione provvisoria. Difatti - muovendo dal presupposto che il passaggio dall’aggiudicazione provvisoria all’aggiudicazione definitiva non è oggetto di un obbligo della stazione appaltante, né un diritto dell’aggiudicatario provvisorio, sicché la possibilità che all’aggiudicazione provvisoria della gara d’appalto non segua quella definitiva è un evento del tutto fisiologico - da un lato, si afferma che l’aggiudicatario provvisorio è titolare di una posizione differenziata (rispetto a chi aggiudicatario provvisorio non è) e di un’aspettativa tutelata a che l’aggiudicazione provvisoria divenga definitiva; dall’altro, si riconosce che la scelta di revocare l’aggiudicazione provvisoria costituisce esercizio di un’ampia discrezionalità amministrativa, come tale sindacabile solo per vizi quali la manifesta illogicità, oppure un travisamento di fatti. Tra le ragioni che possono giustificare la revoca dell’aggiudicazione provvisoria figurano (per quanto interessa in questa sede): A) l’insostenibilità dell’impegno economico assunto dell’Amministrazione (Consiglio di Stato, Sez. III, 31 gennaio 2014, n. 467); B) esigenze dell’Amministrazione collegate agli obiettivi di razionalizzazione e contenimento della spesa (Consiglio di Stato, Sez. V, 5 maggio 2016, n. 1797); C) una generale rivisitazione degli intenti dell’Amministrazione in merito alla complessiva politica di gestione di un settore (Consiglio di Stato, Sez. V, 21 aprile 2016, n. 1600).
Pertanto, nel caso in esame, i limiti al sindacato di legittimità di questo Tribunale (anche alla luce di quanto si è detto in ordine al primo motivo di ricorso) sono ancor più marcati, perché il Consiglio di Stato con la sentenza n. 5057/2014 ha caducato tutti gli atti della gara bandita nel 2011 a partire dalla nomina della Commissione tecnica (gara al termine della quale era, peraltro, risultato aggiudicatario provvisorio il RTI Impregilo) e, quindi, l’impugnata determinazione dirigenziale n. 37 del 2016 va ad incidere essenzialmente su un atto avente limitata valenza esterna, qual è la determinazione dirigenziale n. 365 del 2011.
9. Poste tali premesse di carattere generale, il Collegio ritiene che le censure in esame non siano fondate in quanto l’illustrazione delle ragioni di carattere economico e gestionale poste a fondamento della determinazione n. 37 del 2016: A) da un lato, vale senz’altro (come già evidenziato da questo Tribunale nelle predette sentenze n. 398, n. 400 e n. 404 del 2016) a giustificare l’esercizio dello jus poenitendi da parte dell’Amministrazione e non risultano inficiate da manifesta illogicità, oppure da travisamenti di fatto; B) dall’altro, dimostra la correttezza del modus operandi dell’Amministrazione nei rapporti con i soggetti che avevano preso parte alla gara.
In particolare superano indenni il sindacato di legittimità sia le articolate valutazioni svolte dall’Amministrazione, alla luce dell’analisi commissionata alla Cassa del Trentino, sugli aspetti finanziari dell’intervento e, in particolare, sugli effetti della crisi dei mercati finanziari e sulla maggior convenienza del ricorso ad un appalto tradizionale in luogo del project financing, sia le ulteriori valutazioni incentrate sull’esigenza di ridurre e razionalizzare la spesa sanitaria.
10. Quanto agli effetti della crisi dei mercati finanziari, è notorio che essa, pur avendo comportato un abbassamento generalizzato dei tassi d’interesse, tuttavia ha determinato una contrazione del credito per il finanziamento degli investimenti privati, ivi compresi quelli destinati ad operazioni di finanza di progetto. Inoltre è notorio che le condizioni di finanziamento variano in funzione di molteplici fattori, tra i quali assume, oggi più che mai, particolare rilievo il merito di credito (c.d. rating) del soggetto che richiede il prestito.
Per tali ragioni, come già evidenziato da questo Tribunale nelle predette sentenze n. 398, n. 400 e n. 404 del 2016, non vi è motivo per dubitare dell’attendibilità delle valutazioni formulate dalla Provincia sulla base della relazione della Cassa del Trentino del 20 marzo 2015, denominata “Analisi della convenienza economica circa la realizzazione del Nuovo Polo Ospedaliero del Trentino mediante appalto tradizionale o finanza di progetto e scenari conseguenti”, richiamata nella memoria depositata in data 11 gennaio 2017. Difatti in tale relazione conclusivamente si afferma quanto segue: «L’analisi di convenienza economica aggiornata al 2015 evidenzia i benefici attesi per la PAT dal nuovo contesto di riferimento con conseguente riduzione del canone annuo di disponibilità (da corrispondere per tutta la durata della concessione) e, dunque, dell’esborso complessivo nel caso di Finanza di Progetto; tuttavia, nell’ipotesi di Appalto Tradizionale, l’applicazione di un tasso fisso BEI molto conveniente (stimato al 2% anche se quotato dalla BEI a marzo 2015 pari all’1,35%) con completa assenza di oneri di strutturazione finanziaria, determina per la PAT un risparmio ancora maggiore».
Risultano, quindi, prive di fondamento: A) sia la censura incentrata su fatto che del ribasso dei tassi di interesse potrebbero giovarsi tanto le pubbliche Amministrazione quanto i soggetti privati, essendo evidente che non sono paragonabili le condizioni di finanziamento accordate da un soggetto pubblico come la BEI ad un soggetto pubblico come la PAT, rispetto alle condizioni che una banca potrebbe accordare ad un’impresa privata; B) sia quella incentrata sul fatto che il ribasso dei tassi di interesse è noto da tempo, perché l’esercizio del potere di revoca non si fonda necessariamente su fatti sopravvenuti, ben potendo essere giustificato da una nuova valutazione dell’interesse pubblico, che nel caso in esame implica evidentemente anche una valutazione sulla procedura di gara più conveniente da seguire per la realizzazione dell’opera.
Né giova alla ricorrente affermare che la BEI non avrebbe garantito la propria disponibilità a finanziare l’intervento, perché - come ha efficacemente replicato il Responsabile del procedimento nella sua relazione (innanzi richiamata) - il finanziamento della BEI è subordinato alla revoca della gara e, in ogni caso, esiste già una pregressa esperienza (comprovata dalla documentazione agli atti) che dimostra come la Provincia già in tre occasioni abbia ottenuto prestiti dalla BEI.
11. Quanto alle ulteriori valutazioni della PAT in ordine alla maggior convenienza del ricorso ad un appalto tradizionale, giova preliminarmente rammentare che - come ben evidenziato dalla Cassa del Trentino nella relazione del 17 marzo 2015 - l’istituto della finanza di progetto si caratterizza: A) per la presenza di «un progetto idoneo a generare dei flussi di cassa che consentano di autofinanziare l’intervento rimborsando il debito contratto per la sua realizzazione e remunerando il capitale di rischio; flussi derivanti dall’applicazione di tariffe sull’utenza (opere calde) o di canoni esclusivamente/prevalentemente posti a carico dell’Amministrazione ... (opere fredde). Pertanto, assumendo che l’intervento risponda ad esigenze alle quali è necessario/ opportuno far fronte e che ne venga assicurata la corretta gestione, il piano economico- finanziario (“PEF”) deve tradurre le assunzioni tecnico/operative/finanziarie in indicatori e gli stessi devono dare evidenza della capacità del progetto di generare flussi di cassa stabili e sufficienti a far fronte, per un determinato periodo, al rimborso del debito contratto ed alla remunerazione del capitale apportato dal privato»; B) per il trasferimento in capo al soggetto privato del rischio dell’operazione, in quanto «l’art. 143, comma 9, del D.Lgs. n. 163/2006 prescrive per le concessioni destinate all’utilizzazione diretta dell’Amministrazione (c.d. opere fredde) l’allocazione in capo al concessionario “dell’alea economico-finanziaria della gestione dell’opera”. L’art. 3, comma 15-ter, del D.Lgs. n. 163/2006, nel definire i contratti di partenariato pubblico privato (“PPP”), di cui fanno parte le concessioni di lavori, specifica che per tali contratti deve esserci una “allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni comunitarie vigenti”; l’ultimo periodo di tale comma precisa che alle operazioni di PPP “si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat”. Secondo le indicazioni contenute nella decisione Eurostat n. 18 dell’11 febbraio 2004, nelle operazioni di PPP il privato deve sostenere il rischio di costruzione e, in relazione alla fase di gestione, almeno uno fra il rischio di domanda e il rischio di disponibilità affinché le operazioni in questione non vengano registrate nei conti delle pubbliche amministrazioni».
Tali prescrizioni sono oggi contenute nelle disposizioni degli articoli 3 e 180 del decreto legislativo n. 50/2016. In particolare l’art. 3, comma 1, lett. eee, definisce il “contratto di partenariato pubblico privato” come “il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell’ammortamento dell’investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un’opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all’utilizzo dell’opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell’operatore”, e precisa che, “fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall’articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat”. L’art. 180 dispone (per quanto interessa in questa sede) che nei contratti di partenariato pubblico privato: A) “i ricavi di gestione dell’operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall’ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna” (comma 2); B) “il trasferimento del rischio in capo all’operatore economico comporta l’allocazione a quest’ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l’esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell’opera”, laddove il predetto art. 3 definisce il “rischio di costruzione” come “il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all’aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell’opera e al mancato completamento dell’opera” (lett. aaa), il “rischio di disponibilità” come “il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti” (lett. bbb) e il “rischio di domanda” come “il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa” (lett. ccc).
In definitiva, a differenza dell’appalto tradizionale, la finanza di progetto è basata essenzialmente sull’equilibrio economico-finanziario del PEF per l’intera durata della concessione e su un’allocazione dei rischi in capo al concessionario, in conformità ai criteri innanzi indicati.
12. Poste tali premesse di carattere generale, il Collegio osserva che le valutazioni della Provincia in ordine alla maggior convenienza del ricorso ad un appalto complesso sono frutto di un’accurata istruttoria, che tiene conto dell’analisi svolta dalla Cassa del Trentino nella suddetta relazione del 17 marzo 2015, e trovano puntuale riscontro nelle motivazioni dei provvedimenti impugnati.
Innanzi tutto la Cassa del Trentino: A) nella propria relazione ha posto a confronto i benefici e le criticità di tre scenari alternativi, costituiti da «una procedura in finanza di progetto tra i quattro concorrenti con documentazione e PEF 2011», «una procedura in finanza di progetto, ma con un nuovo disciplinare ed un PEF aggiornato» e «una procedura di appalto complesso con apertura a tutti gli operatori interessati»; B) nell’allegato n. 2 alla predetta relazione - utilizzando la metodologia indicata nel documento denominato “Analisi delle tecniche di valutazione per la scelta del modello di realizzazione dell’intervento: il metodo del Public Sector Comparator e l’analisi del valore”, redatto nel 2009 dall’Unità Tecnica Finanza di Progetto e dell’AVCP - ha ulteriormente sviluppato, sotto il profilo della diversa allocazione dei rischi, il confronto tra i due scenari costituiti dal ricorso all’appalto tradizionale e dal ricorso alla finanza di progetto.
In particolare nel suddetto allegato sono state dettagliatamente indicate le ragioni che hanno indotto la Cassa del Trentino a non considerare rischi ulteriori rispetto a quelli di extra costi e ritardi nella costruzione, di seguito indicate: «Secondo la metodologia proposta dall’UTFP-AVCP, si procedeva alla quantificazione dei rischi trasferibili dal sistema pubblico al privato nell’ipotesi di ricorso alla Finanza di Progetto. Tale stima veniva effettuata in considerazione dei rischi trasferibili relativi alla sola fase di realizzazione dell’opera come sopra identificati (rischio di extra costi e ritardi nella costruzione); non venivano, infatti, considerati i rischi relativi alla fase di gestione (ad es. rischio incremento costi di manutenzione, incremento costi operativi, rischio adeguamento tecnologico etc.) per i seguenti motivi: 1) se per i rischi legati alla fase realizzativa ci sono riferimenti ufficiali e statistiche relative agli appalti dal 2000 al 2007 (fonte: AVCP), la stima dei rischi di gestione veniva considerata eccessivamente discrezionale e di scarsa attendibilità anche in ragione della lunga durata del periodo gestionale; 2) nell’ambito dello schema di Convenzione si prevedeva di attenuare il rischio derivante da eccessivi scostamenti del costo dei servizi offerti dal Concessionario rispetto ai valori di mercato durante il periodo della Concessione mediante il c.d. market test (Schema di Convenzione - allegato Q dello Studio di Fattibilità). Si tratta, sostanzialmente, di una verifica periodica da effettuare sul mercato per allineare, in caso di scostamenti osservati oltre una soglia predefinita (10%), i valori dei servizi alle nuove condizioni del mercato, attenuando, da un lato, il rischio per l’Amministrazione di incorrere in extracosti per i servizi in caso di condizioni del mercato migliorative (riduzione prezzi di mercato) ma, allo stesso tempo, riconoscendo al Concessionario un adeguamento del valore dei servizi in caso di valori di mercato superiori a quelli iniziali contrattualizzati. In tal modo, si attenuava l’entità del trasferimento del rischio gestionale al Concessionario per incremento dei costi operativi rispetto all’Appalto Tradizionale; 3) il Canone annuale di disponibilità, oltre all’onere per l’investimento iniziale, remunerava il Concessionario anche per i rinnovi di arredi ed attrezzature proposti in sede di gara (nel c.d. Piano di sostituzione Attrezzature da allegare alla Convenzione); tuttavia, si prevedeva in Convenzione che qualora la PAT avesse optato per l’acquisto di attrezzature diverse da quelle inserite nel Piano di sostituzione Attrezzature proposto dal Concessionario l’eventuale maggior costo sarebbe stato riconosciuto al Concessionario mediante riequilibrio del PEF. Sostanzialmente la PAT si assumeva il rischio di incremento degli investimenti per rinnovo di arredi ed attrezzature rispetto a quanto programmato; pertanto, nessun trasferimento del rischio dalla PAT al Concessionario era stato prudenzialmente previsto». Tali considerazioni sono del tutto condivisibili.
Inoltre, sempre con riferimento alla mancata allocazione dei rischi in capo al concessionario in caso di ricorso ad una procedura di appalto, sono parimenti condivisibili, secondo il Collegio, anche le considerazioni svolte nella relazione del Responsabile del procedimento, ove è stato posto in rilievo che: A) in caso di realizzazione di un ospedale, «l’allocazione dei rischi nel caso di ricorso alla finanza di progetto è solo apparentemente traslata a carico dei soggetti privati mentre, in realtà, essa appare abbastanza assimilabile a quella dell’appalto tradizionale. Trattandosi, infatti, di opera fredda, cioè non finanziata ricorrendo a tariffe di mercato, la remunerazione del risultato è tutta garantita da canoni corrisposti dall’utilizzatore (l’amministrazione provinciale/sanitaria), con la conseguenza che viene del tutto a mancare il “rischio della domanda” ed è notevolmente ridotto, se non azzerato, anche il “rischio di disponibilità”: infatti, per quanto attiene al primo rischio, è da tener presente che esso è, in realtà, inesistente dato che al concessionario è assicurato un canone indipendentemente dall’effettiva richiesta di utilizzazione ... e, per quanto attiene al secondo rischio, va tenuto altrettanto presente che il servizio da rendere al cittadino è quello sanitario che è erogato dall’APSS e non dal concessionario (che si limita, invece, a mettere a disposizione solo alcuni servizi “di contorno” ed il cui fruitore diretto e pagante è la stessa amministrazione sanitaria, secondo modalità remunerative sottoposte ad adeguamento automatico, e non il degente ospedaliero) »; B) il rischio di costruzione «è invariato nello schema della finanza di progetto rispetto all’appalto tradizionale»; C) il rischio finanziario «è sicuramente maggiore per il promotore privato rispetto all’amministrazione aggiudicatrice: infatti, nel caso di utilizzo di strumenti di indicizzazione nel finanziamento privato ..., i margini di incertezza sono assai maggiori rispetto al finanziamento utilizzato da un soggetto pubblico che può ricorrere allo strumento dell’indebitamento a tasso fisso (ad esempio tramite prestiti obbligazionari di Cassa del Trentino) o, meglio ancora e come prospettato, ricorrendo al tasso fisso BEI».
Inoltre la Provincia, ad integrazione di quanto precede, nelle proprie difese ha osservato che, secondo quanto emerso dall’analisi delle operazioni perfezionate negli ultimi anni per la realizzazione di ospedali, il modello della finanza di progetto ha carattere recessivo in quanto: A) presenta non solo costi molto elevati, ma anche una forte rigidità, perché vincola l’Amministrazione per un lungo periodo; B) nel caso delle c.d. “opere fredde” (come, per l’appunto, gli ospedali), il rischio trasferito agli operatori privati risulta spesso insufficiente per configurare vere e proprie operazioni di partenariato pubblico privato e ciò comporta il rischio che le Amministrazioni debbano riclassificare operazioni della specie, ponendole a carico dei propri bilanci (a differenza di quanto accade con le operazioni di partenariato).
Anche le valutazioni della Provincia sulla diversa allocazione dei rischi e dei costi non sono perciò censurabili da parte di questo Tribunale, in quanto frutto di una dettagliata attività di analisi che non appare affetta da macroscopici vizi logici o travisamenti della situazione di fatto.
13. In definitiva il Collegio - nel ribadire ancora una volta l’ampiezza della discrezionalità di cui dispone l’Amministrazione nel valutare la convenienza dei diversi sistemi di realizzazione di un’opera pubblica e, in particolare, nel valutare quale sia la migliore allocazione dei rischi connessi al finanziamento, alla progettazione, alla realizzazione e alla gestione dell’opera - ritiene che nel caso in esame la valutazione della Provincia sulla prevalenza dei vantaggi connessi al ricorso ad un appalto complesso (specie in considerazione dei ridotti tassi di interesse e dell’assenza di commissioni nel caso di cofinanziamento dell’intervento da parte di un soggetto pubblico come la BEI, nonché della massima flessibilità operativa garantita dal ricorso all’appalto tradizionale in un contesto dinamico come quello delle politiche sanitarie provinciali, caratterizzato da scenari operativi poco prevedibili e oggetto dei ben noti interventi di spending review) rispetto ai vantaggi connessi al ricorso alla finanza di progetto (in ragione del trasferimento in capo al concessionario dei rischi connessi alla progettazione, realizzazione, gestione e manutenzione dell’opera) superi indenne il sindacato di legittimità di questo Tribunale.
14. In definitiva, la motivazione incentrata sulla maggior convenienza del ricorso ad un appalto complesso in luogo del project financing è, di per sé, sufficiente per ritenere adeguatamente giustificata l’adozione della determinazione dirigenziale n. 37 del 2016.
E poiché, in caso di provvedimento plurimotivato, il rigetto della doglianza diretta a contestare una delle ragioni giustificatrici dell’atto lesivo comporta la carenza di interesse della parte ricorrente all’esame delle ulteriori censure volte a contestare le altre ragioni giustificatrici dell’atto medesimo (giurisprudenza consolidata e condivisa: per tutte, Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3194), atteso che il loro accoglimento non sarebbe comunque idoneo a soddisfare l’interesse del ricorrente a ottenere l’annullamento del provvedimento lesivo, le considerazioni che precedono sono di per sé sufficienti per la reiezione del ricorso in esame.
15. In ogni caso anche l’ulteriore motivazione addotta dall’Amministrazione, incentrata sull’evoluzione del quadro normativo sulla spending review rispetto al 2011, supera indenne il sindacato di questo Tribunale. Difatti le considerazioni svolte in giudizio dalla Provincia - a chiarimento di quelle contenute nella deliberazione n. 438 del 2016 e nella relazione del Responsabile del procedimento - consentono di apprezzare tale evoluzione, che ha determinato, quale effetto della contrazione della spesa sanitaria, l’intento di perseguire una riduzione dei costi annuali per i servizi non sanitari.
In particolare l’Amministrazione ha evidenziato che: A) l’art. 15, comma 13, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, alle lettere c) e c-bis), ha introdotto disposizioni per la contrazione dei posti letto e per l’avvio della sperimentazione sanitaria a fini di spending review, subordinando la contrazione dei posti letto ad un apposito provvedimento da adottare entro il 31 ottobre 2012, sicché la contrazione programmata sarebbe divenuta operativa solo dopo la scadenza del bando; B) la Corte costituzionale, dichiarando incostituzionale la lettera c) del predetto comma 13 con la sentenza 1° luglio 2015, n. 125 - ossia dopo la scelta del promotore, avvenuta nel 2013, e la sentenza di questo Tribunale, intervenuta nel 2014 - ha chiarito che spetta alla PAT effettuare scelte autonome, e non meramente imposte, di razionalizzazione della spesa sanitaria; C) con il decreto legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, sono state introdotte ulteriori disposizioni incidenti sulla definizione dei livelli essenziali delle prestazioni e, quindi, sui fabbisogni di spesa (art. 5), nonché sull’edilizia residenziale, come l’art. 6, che - prevedendo la cessione all’aggiudicatario, come componente del corrispettivo, di immobili ospitanti strutture ospedaliere da dismettere, anche ove l’utilizzazione comporti il mutamento di destinazione d’uso - renderebbe necessaria una valutazione (non consentita all’epoca dell’indizione della gara del 2011) in merito all’opportunità di dismettere, in tutto o in parte, l’Ospedale S. Chiara; D) con il cosiddetto “Accordo di Roma” dell’ottobre 2014, al fine di superare talune incertezze interpretative e le forti tensioni innescate dal contenzioso costituzionale sugli interventi statali di spending review, è stato riconosciuto alle Province autonome di Trento e Bolzano il ruolo di soggetti attuatori degli obiettivi generali di contenimento della spesa pubblica a livello di finanza provinciale; E) in particolare, in base all’art. 79 dello Statuto speciale di autonomia, novellato a seguito del predetto Accordo del 2014, è ora riconosciuto alle Province un più solido ruolo propositivo delle misure di contenimento della spesa pubblica nei confronti degli enti pubblici del sistema finanziario provinciale, ivi inclusa la stessa Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari.
In definitiva - anche alla luce di questo nuovo quadro ordinamentale, in base al quale spetta alla PAT il compito di attribuire, responsabilmente, le risorse finanziarie disponibili e di stabilire i vincoli alla spesa sanitaria - l’Amministrazione con la determinazione dirigenziale n. 37 del 2016 ha correttamente perseguito l’obiettivo di ridurre e razionalizzare la spesa sanitaria, obiettivo che, come già evidenziato in precedenza, costituisce uno dei presupposti tipici in presenza dei quali la giurisprudenza riconosce il legittimo esercizio dello ius poenitendi in materia di gare pubbliche.
16. Le considerazioni sin qui svolte dimostrano altresì che la decisione di revocare la gara è stata assunta dall’Amministrazione all’esito di un complesso, e necessariamente lungo, esame di tutti gli aspetti attinenti alla progettazione, realizzazione e gestione dell’opera - dapprima da parte della Giunta provinciale (organo di indirizzo politico) e poi da parte dei compenti uffici dell’Amministrazione provinciale (che hanno comunque garantito il contraddittorio) - e, quindi, valgono a smentire l’ulteriore affermazione della ricorrente secondo la quale il lungo periodo di tempo trascorso tra la pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato (ottobre 2014) e l’adozione del provvedimento di revoca si tradurrebbe in una violazione dell’art. 2 della legge n. 241/1990 e dei correlati principi di concentrazione e speditezza delle procedure di evidenza pubblica.
17. Parimenti infondata risulta l’ulteriore censura incentrata sul fatto che - sebbene fossero note da tempo sia la manifestazione di interesse della BEI a finanziare l’opera, sia la convenienza di procedere alla sua realizzazione mediante un sistema diverso dalla finanza di progetto - la Provincia abbia difeso le proprie scelte nei due gradi di giudizio, provvedendo ad appellare autonomamente la sentenza di questo Tribunale n. 39/2014.
Al riguardo non v’è dubbio che l’Amministrazione anche in pendenza del giudizio d’appello ben avrebbe potuto disporre la revoca della gara del 2011; tuttavia, come si può evincere dalla motivazione della deliberazione n. 438 in data 25 marzo 2016, solo dopo la pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato n. 5057/2014 è emersa la necessità di attivare (stante il tempo trascorso dall’indizione della gara) il complesso procedimento di riesame delle proprie precedenti determinazioni, all’esito del quale sono emerse le sopravvenienze che hanno poi determinato il superamento delle scelte effettuate nel 2011.
18. Fermo restando quanto precede, il Collegio ritiene comunque infondata la domanda risarcitoria proposta in via principale dalla ricorrente invocando l’art. 1337 cod. civ..
Al riguardo si deve rammentare che il riconoscimento della legittimità della revoca di una procedura di gara non esclude l’accertamento di una responsabilità precontrattuale dell’Amministrazione, ben potendo tale responsabilità discendere dal complessivo comportamento tenuto dal pubblico contraente che - al pari di ogni contraente privato - è tenuto ad evitare di ingenerare nella controparte privata affidamenti ingiustificati. Tuttavia, secondo una consolidata giurisprudenza (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599), non è configurabile una responsabilità precontrattuale della stazione appaltante anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire prima della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare unicamente un interesse legittimo al corretto esercizio del potere pubblico. In linea con tale giurisprudenza questo stesso Tribunale (T.R.G.A. Trento, 15 novembre 2016, n. 388) ha ribadito che l’Amministrazione può ritenersi soggetta alle conseguenze derivanti dal citato art. 1337 a condizione che la gara sia giunta a uno stadio tale da aver ingenerato nel concorrente la ragionevole aspettativa di conseguire l’aggiudicazione e, quindi, la stipulazione del contratto: in altri termini, occorre che il concorrente veda frustrato un affidamento consolidato in ordine alla favorevole conclusione della procedura di gara.
Pertanto con riferimento alla fattispecie in esame al Collegio resta solo da ribadire che l’impugnata determinazione dirigenziale n. 37 del 2016 va ad incidere essenzialmente su un atto avente limitata valenza esterna, qual è la determinazione dirigenziale n. 365 del 2011, con la quale era stata espressa la preferenza per il ricorso al sistema dell’appalto in luogo del sistema della finanza di progetto. Del resto non può certo ritenersi che la mera partecipazione alla gara, mediante presentazione di un’offerta, abbia ingenerato nella ricorrente la ragionevole aspettativa, meritevole di tutela, di conseguire l’aggiudicazione.
19. Inoltre - anche a volere estendere l’ambito applicativo della responsabilità precontrattuale alla fase che precede la scelta del contraente, in ragione del fatto che nel caso in esame la revoca della determina a contrarre travolge anche gli atti della procedura di gara non annullati dal Giudice amministrativo - non è comunque ravvisabile alcuna violazione dei doveri di correttezza buona fede e correttezza.
Difatti, come già evidenziato, a seguito della pubblicazione della sentenza n. 5057/2014 l’Amministrazione ha sì svolto complessi approfondimenti tesi a verificare l’attualità e la perdurante convenienza delle scelte a suo tempo formulate per la realizzazione del nuovo ospedale, ma non ha tenuto alcun comportamento tale da ingenerare negli originari concorrenti affidamenti sulla propria volontà di confermare le predette scelte fino al momento dell’adozione della delibera n. 438 del 2016, con la quale è stato palesato l’intento di seguire una diversa procedura per la realizzazione dell’opera.
20. Passando alla domanda di condanna della Provincia a corrispondere l’indennizzo previsto dell’art. 21-quinquies della legge n. 241/1990, il Collegio rammenta che, secondo una consolidata giurisprudenza (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 21 aprile 2016, n. 1600; id., Sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1559), finanche in presenza di un’aggiudicazione provvisoria, in caso di revoca degli atti di gara non spetta l’indennizzo di cui all’art. 21-quinquies, comma 1, della legge n. 241/1990, perché la revoca va ad incidere su un provvedimento destinato ad essere superato dall’emanazione del provvedimento conclusivo del procedimento ad evidenza pubblica, e non su un provvedimento “ad effetti durevoli”, come previsto dalla disposizione dell’art. 21-quinquies, comma 1. In linea con tale giurisprudenza questo stesso Tribunale (T.R.G.A. Trento, 15 novembre 2016, n. 388), con riferimento ad una fattispecie analoga a quella in esame, ha precisato che, se tale conclusione si impone nel caso in cui sia già stato individuato l’aggiudicatario provvisorio, è tanto più valida laddove non sia stato neppure individuato il potenziale aggiudicatario.
Ne consegue che neppure la domanda in esame può essere accolta in quanto, come già si è più volte evidenziato, l’impugnata determinazione dirigenziale n. 37 del 2016 va ad incidere essenzialmente su un atto avente limitata valenza esterna, qual è la determinazione dirigenziale n. 365 del 2011, con la quale era stata espressa la preferenza per il sistema della finanza di progetto.
21. In conclusione, deve essere dichiarata la cessazione della materia del contendere in relazione alla domanda di condanna dell’Amministrazione ad esibire la documentazione richiesta, mentre per il resto il ricorso va in parte dichiarato inammissibile e in parte respinto perché infondato.
22. Tenuto conto dell’obiettiva delicatezza delle questioni trattate, sussistono i presupposti per compensare le spese di lite con la società ricorrente. Nulla si deve invece disporre per le spese con riferimento ai controinteressati non costituiti in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa della Regione autonoma Trentino - Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 191 del 2016, in parte lo dichiara inammissibile, in parte lo respinge perché infondato e dichiara la cessazione della materia del contendere in relazione alla domanda di condanna dell’Amministrazione ad esibire la documentazione richiesta.
Spese compensate tra le parti costituite.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.
Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2017 con l’intervento dei magistrati:

Roberta Vigotti, Presidente
Carlo Polidori, Consigliere, Estensore
Paolo Devigili, Consigliere

Corte di Giustizia Europea 16/2/2017 n. C-555/14

Nella causa C‑555/14,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no 6 de Murcia (Tribunale per il contenzioso amministrativo n. 6 di Murcia, Spagna), con decisione del 20 novembre 2014, pervenuta in cancelleria il 3 dicembre 2014, nel procedimento

IOS Finance EFC SA

contro

Servicio Murciano de Salud,

LA CORTE (Quinta Sezione),

composta da J.L. da Cruz Vilaça, presidente di sezione, A. Tizzano (relatore), vicepresidente della Corte, M. Berger, A. Borg Barthet e E. Levits, giudici,
avvocato generale: E. Sharpston
cancelliere: M. Ferreira, amministratore principale
vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 2 marzo 2016,
considerate le osservazioni presentate:
–        per la IOS Finance EFC SA, da J. Tornos Mas, abogado;
–        per il governo spagnolo, da A. Rubio González, in qualità di agente;
–        per il governo tedesco, da T. Henze e J. Möller, in qualità di agenti;
–        per la Commissione europea, da G. Wilms, D. Loma-Osorio Lerena, E. Sanfrutos Cano, A.C. Becker e M. Šimerdová, in qualità di agenti,
sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 12 maggio 2016,
ha pronunciato la seguente

**Sentenza**

1         La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione della direttiva 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (GU 2011, L 48, pag. 1, e rettifica GU 2012, L 233, pag. 3).
2         Tale domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia tra la IOS Finance EFC SA (in prosieguo: la «IOS Finance») e il Servicio Murciano de Salud (servizio di assistenza sanitaria della Comunità autonoma della Regione di Murcia, Spagna), relativa al rifiuto da parte di quest’ultimo di pagare alla IOS Finance, oltre all’importo principale, gli interessi di mora e le spese di recupero da essa richiesti a titolo di fatture non pagate alla scadenza.

**Contesto normativo**
*Diritto dell’Unione*
3         I considerando 1, 12, 16 e 28 della direttiva 2011/7 così recitano:
«(1)      Alla direttiva 2000/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 giugno 2000, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali [GU 2000, L 200, pag. 35], devono essere apportate diverse modificazioni sostanziali. È opportuno, per ragioni di chiarezza e razionalizzazione, che le disposizioni in questione siano sottoposte a rifusione.
(...)
(12)      I ritardi di pagamento costituiscono una violazione contrattuale resa finanziariamente attraente per i debitori nella maggior parte degli Stati membri dai bassi livelli dei tassi degli interessi di mora applicati o dalla loro assenza e/o dalla lentezza delle procedure di recupero. È necessario un passaggio deciso verso una cultura dei pagamenti rapidi, in cui, tra l’altro, l’esclusione del diritto di applicare interessi di mora sia sempre considerata una clausola o prassi contrattuale gravemente iniqua, per invertire tale tendenza e per disincentivare i ritardi di pagamento. Tale passaggio dovrebbe inoltre includere l’introduzione di disposizioni specifiche sui periodi di pagamento e sul risarcimento dei creditori per le spese sostenute e prevedere, tra l’altro, che l’esclusione del diritto al risarcimento dei costi di recupero sia presunta essere gravemente iniqua.
(...)
(16)       La presente direttiva non dovrebbe obbligare un creditore ad esigere interessi di mora. (...)
(...)
(28)      La presente direttiva dovrebbe proibire l’abuso della libertà contrattuale a danno del creditore. Di conseguenza, quando una clausola contrattuale o una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso di interesse di mora o al risarcimento dei costi di recupero non sia giustificata sulla base delle condizioni concesse al debitore, o abbia principalmente l’obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, si può ritenere che si configuri un siffatto abuso. Di conseguenza, (...) qualsiasi clausola contrattuale o prassi che si discosti gravemente dalla corretta prassi commerciale e sia in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza dovrebbe essere considerata iniqua per il creditore. In particolare, l’esclusione esplicita del diritto di applicare interessi di mora dovrebbe essere sempre considerata come gravemente iniqua, mentre l’esclusione del diritto al risarcimento dei costi di recupero dovrebbe essere presunta tale. La presente direttiva non dovrebbe incidere sulle disposizioni nazionali relative alle modalità di conclusione dei contratti o che disciplinano la validità delle clausole contrattuali inique nei confronti del debitore».
4         L’articolo 1 di tale direttiva, intitolato «Oggetto e ambito d’applicazione», al suo paragrafo 1 dispone quanto segue:
«Lo scopo della presente direttiva è di lottare contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (...)».
5         L’articolo 4 di tale direttiva, intitolato «Transazioni fra imprese e pubbliche amministrazioni», al suo paragrafo 1 così dispone:
«Gli Stati membri assicurano che, nelle transazioni commerciali in cui il debitore è la pubblica amministrazione, alla scadenza del periodo di cui al paragrafo 3, 4 o 6 il creditore abbia diritto agli interessi legali di mora senza che sia necessario un sollecito, qualora siano soddisfatte le seguenti condizioni:
a)      il creditore ha adempiuto agli obblighi contrattuali e di legge; e
b)      il creditore non ha ricevuto nei termini l’importo dovuto e il ritardo è imputabile al debitore».
6         L’articolo 6 della medesima direttiva, intitolato «Risarcimento delle spese di recupero», recita come segue:
«1.      Gli Stati membri assicurano che, ove gli interessi di mora diventino esigibili in transazioni commerciali in conformità dell’articolo 3 o 4, il creditore abbia il diritto di ottenere dal debitore, come minimo, un importo forfettario di 40 EUR.
2.      Gli Stati membri assicurano che l’importo forfettario di cui al paragrafo 1 sia esigibile senza che sia necessario un sollecito e quale risarcimento dei costi di recupero sostenuti dal creditore.
3.      Il creditore, oltre all’importo forfettario di cui al paragrafo 1, ha il diritto di esigere dal debitore un risarcimento ragionevole per ogni costo di recupero che ecceda tale importo forfettario sostenuto a causa del ritardo di pagamento del debitore. Ciò potrebbe comprendere anche le spese che il creditore ha sostenuto per aver affidato un incarico a un avvocato o a una società di recupero crediti».
7         L’articolo 7 della direttiva 2011/7, intitolato «Clausole contrattuali e prassi inique», è redatto nei seguenti termini:
«1.      Gli Stati membri dispongono che una clausola contrattuale o una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso dell’interesse di mora o al risarcimento per i costi di recupero non possa essere fatta valere oppure dia diritto a un risarcimento del danno qualora risulti gravemente iniqua per il creditore.
Per determinare se una clausola contrattuale o una prassi sia gravemente iniqua per il creditore, ai sensi del primo comma, si tiene conto di tutte le circostanze del caso, tra cui:
a)      qualsiasi grave scostamento dalla corretta prassi commerciale, in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza;
b)      la natura del prodotto o del servizio; e
c)      se il debitore abbia qualche motivo oggettivo per derogare al tasso d’interesse di mora legale, al periodo di pagamento di cui all’articolo 3, paragrafo 5, all’articolo 4, paragrafo 3, lettera a), all’articolo 4, paragrafo 4, e all’articolo 4, paragrafo 6, o all’importo forfettario di cui all’articolo 6, paragrafo 1.
2.      Ai fini del paragrafo 1, una clausola contrattuale o una prassi che escluda l’applicazione di interessi di mora è considerata gravemente iniqua.
3.      Ai fini del paragrafo 1, si presume che una clausola contrattuale o una prassi che escluda il risarcimento per i costi di recupero di cui all’articolo 6 sia gravemente iniqua.
(...)».
*Diritto spagnolo*
8         Dal fascicolo a disposizione della Corte risulta che il legislatore spagnolo ha istituito, a partire dal 2012, un «meccanismo di finanziamento straordinario per il pagamento dei fornitori», di durata limitata, per far fronte ai ritardi di pagamento accumulati, a causa della crisi economica, da parte delle comunità autonome e degli enti locali nei confronti dei loro fornitori (in prosieguo: il «meccanismo di finanziamento straordinario»). Sostanzialmente, in forza delle norme che disciplinano il funzionamento di tale meccanismo, i fornitori che vi aderiscono accettano, in cambio del pagamento immediato del capitale, di rinunciare agli importi aggiuntivi dovuti a causa del mancato rispetto dei termini di pagamento da parte delle amministrazioni pubbliche interessate, inclusi in particolare gli interessi di mora e il risarcimento dei costi di recupero.
9         A tale riguardo, in particolare, l’articolo 6 del Real Decreto-ley 8/2013 de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros (regio decreto legge 8/2013 recante misure urgenti per la lotta contro i ritardi di pagamento da parte delle amministrazioni pubbliche e il sostegno agli enti locali con problemi finanziari), del 28 giugno 2013 (BOE n. 155, del 29 giugno 2013, pag. 48782), intitolato «Effetti del pagamento dei debiti esigibili», dispone quanto segue:
«Il pagamento a favore del fornitore comporta l’estinzione del debito contratto dalla Comunità autonoma o da comuni e province, a seconda dei casi, con il fornitore per quanto concerne il capitale, gli interessi, le spese giudiziarie e ogni altro costo aggiuntivo».
10       Precedentemente a tale regio decreto legge 8/2013, il Real Decreto-ley 4/2013 de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (regio decreto legge 4/2013 concernente misure di sostegno all’imprenditore e di stimolo alla crescita e alla creazione di posti di lavoro), del 22 febbraio 2013 (BOE n. 47, del 23 febbraio 2013, pag. 15219), ha trasposto la direttiva 2011/7 nel diritto spagnolo.

**Procedimento principale e questioni pregiudiziali**
11       Tra il 2008 e il 2013 diverse società hanno effettuato forniture di beni e offerto servizi a favore di centri medici facenti parte del servizio di assistenza sanitaria della Comunità autonoma della Regione di Murcia, che non ha tuttavia pagato il prezzo.
12       Esse hanno quindi ceduto alcuni dei crediti in oggetto alla IOS Finance, la quale, nel settembre 2013, ha richiesto a tale servizio di assistenza sanitaria il pagamento sia dell’importo principale di tali crediti sia degli interessi di mora e di un risarcimento a titolo di costi di recupero sostenuti.
13       Dal momento che detto servizio di assistenza sanitaria non ha pagato gli importi in questione, la IOS Finance ha aderito al meccanismo di finanziamento straordinario, il che le ha consentito di ottenere solo il pagamento del capitale dei suoi crediti.
14       Nel maggio 2014 la IOS Finance ha proposto un ricorso dinanzi al giudice del rinvio affinché il servizio di assistenza sanitaria medesimo venisse condannato a versarle gli importi richiesti a titolo di interessi di mora e di risarcimento dei costi di recupero.
15       A sostegno del suo ricorso, la IOS Finance sostiene anzitutto che è impossibile rinunciare ai crediti di cui l’amministrazione è debitrice. Essa fa valere, in secondo luogo, l’incompatibilità del regio decreto legge 8/2013 con il diritto dell’Unione e, in terzo luogo, l’effetto diretto della direttiva 2011/7, nella misura in cui dispone che le clausole contrattuali o le prassi che escludono gli interessi di mora e il risarcimento per i costi di recupero sono gravemente inique.
16       Il servizio di assistenza sanitaria della Comunità autonoma della Regione di Murcia ha chiesto il rigetto del ricorso, dal momento che, da un lato, l’adesione al meccanismo di finanziamento straordinario è volontaria e, dall’altro, la rinuncia ai suddetti interessi e al suddetto risarcimento non avviene prima, ma dopo l’insorgenza di tale debito e il mancato pagamento dello stesso.
17       Il giudice del rinvio riconosce che l’adesione al meccanismo di finanziamento straordinario non è obbligatoria e che i creditori che intendono ottenere il versamento non solo del capitale, ma anche degli interessi di mora nonché del risarcimento per i costi di recupero, possono sempre scegliere la via del ricorso giurisdizionale. Esso si chiede tuttavia se il diritto dell’Unione, e più in particolare l’articolo 7, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2011/7, vieti di subordinare il recupero del capitale di un credito alla condizione di rinunciare agli interessi di mora e al risarcimento per i costi di recupero.
18       In simili condizioni, il Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no 6 de Murcia (Tribunale per il contenzioso amministrativo n. 6 di Murcia, Spagna) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
«Considerando il disposto degli articoli 4, paragrafo 1, 6 e 7, paragrafi 2 e 3, della [direttiva 2011/7]:
1)      Se l’articolo 7, paragrafo 2, della direttiva debba essere interpretato nel senso che uno Stato membro non può subordinare la riscossione del debito di quote di capitale alla rinuncia agli interessi di mora.
2)      Se l’articolo 7, paragrafo 3, della direttiva debba essere interpretato nel senso che uno Stato membro non può subordinare la riscossione del debito di quote di capitale alla rinuncia ai costi di recupero.
3)      In caso di risposta affermativa alle due questioni, se il debitore, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, possa invocare l’autonomia della volontà delle parti per sottrarsi all’obbligo di pagamento degli interessi di mora e dei costi di recupero».

**Sulle questioni pregiudiziali**
*Osservazioni preliminari*
19       Occorre anzitutto rilevare che, secondo la Commissione, la situazione di cui al procedimento principale non rientra nell’ambito di applicazione della direttiva 2011/7, bensì in quello della direttiva 2000/35, di modo che, contrariamente a quanto risulta dalla decisione di rinvio, si dovrà rispondere alle questioni sollevate alla luce di quest’ultima direttiva.
20       Tuttavia, la valutazione formulata a tale riguardo dalla Commissione risulta dalla sua interpretazione delle disposizioni del diritto nazionale contenute, in particolare, nel regio decreto legge 4/2013 e che traspongono la direttiva 2011/7 nell’ordinamento giuridico spagnolo.
21       Orbene, secondo costante giurisprudenza, nell’ambito di un rinvio pregiudiziale non spetta alla Corte pronunciarsi sull’interpretazione delle disposizioni nazionali, né giudicare se l’interpretazione che ne dà il giudice del rinvio sia corretta. Solamente i giudici nazionali, infatti, sono competenti a pronunciarsi sull’interpretazione del diritto interno (sentenza del 27 ottobre 2016, Audace e a., C‑114/15, EU:C:2016:813, punto 65 e giurisprudenza ivi citata).
22       Di conseguenza, poiché il giudice del rinvio deduce dalla sua interpretazione del diritto spagnolo che la direttiva 2011/7 è applicabile ai fatti di cui al procedimento principale, si deve rispondere alle questioni pregiudiziali nella forma in cui sono state poste da tale giudice.
*Sulle questioni prima e seconda*
23       Con le prime due questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se la direttiva 2011/7, e in particolare l’articolo 7, paragrafi 2 e 3, della medesima, debba essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente al creditore di rinunciare a richiedere gli interessi di mora e il risarcimento per i costi di recupero quale corrispettivo del pagamento immediato del capitale di crediti esigibili.
24       Per rispondere a tali questioni, occorre rilevare che, conformemente all’articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2011/7, lo scopo della medesima è di lottare contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, ritardi che costituiscono, ai sensi del considerando 12 di tale direttiva, una violazione contrattuale resa finanziariamente attraente per i debitori dai bassi livelli dei tassi degli interessi di mora applicati o dalla loro assenza.
25       Per raggiungere detto scopo, la direttiva 2011/7 non procede tuttavia ad un’armonizzazione completa dell’insieme delle norme relative ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (v., per analogia con la direttiva 2000/35, sentenza del 15 dicembre 2016, Nemec, C‑256/15, EU:C:2016:954, punto 46 e giurisprudenza citata).
26       Infatti, come la direttiva 2000/35, la direttiva 2011/7 enuncia solo alcune norme in materia, tra le quali figurano quelle relative agli interessi di mora.
27       A tale riguardo, gli Stati membri, conformemente all’articolo 4, paragrafo 1, e all’articolo 6 della direttiva 2011/7, assicurano che, nelle transazioni commerciali in cui il debitore è la pubblica amministrazione, un creditore che ha adempiuto ai suoi obblighi e che non ha ricevuto nei termini l’importo dovuto, ha diritto agli interessi di mora nonché al risarcimento per i costi di recupero sostenuti, salvo nel caso in cui il ritardo non sia imputabile al debitore.
28       A tale fine, vero è che l’articolo 7, paragrafo 1, della stessa direttiva impone agli Stati membri di disporre che una clausola contrattuale o una prassi relativa, in particolare, al tasso dell’interesse di mora o al risarcimento per i costi di recupero non possa essere fatta valere oppure dia diritto a un risarcimento del danno qualora risulti gravemente iniqua per il creditore. Inoltre tale articolo 7 prevede che qualsiasi clausola contrattuale o prassi che escluda l’applicazione di detti interessi o il risarcimento per i costi di recupero si debba considerare, ai sensi del paragrafo 2 del suddetto articolo, o presumere, ai sensi del paragrafo 3 del medesimo, gravemente iniqua.
29       Tuttavia, da tali disposizioni risulta che esse si limitano ad assicurare che le circostanze previste, in particolare, all’articolo 4, paragrafo 1, e all’articolo 6 della direttiva 2011/7 conferiscano al creditore il diritto di richiedere gli interessi di mora e il risarcimento per i costi di recupero. Come risulta dal considerando 28 di tale direttiva, l’impossibilità di escludere contrattualmente un siffatto diritto mira ad impedire l’abuso della libertà contrattuale a danno del creditore, il quale, al momento della conclusione del contratto, non vi può rinunciare.
30       In altri termini, lo scopo dell’articolo 7, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2011/7 è di evitare che la rinuncia da parte del creditore agli interessi di mora o al risarcimento per i costi di recupero non intervenga a partire dalla conclusione del contratto, vale a dire nel momento in cui si esercita la libertà contrattuale del creditore e pertanto in cui vi è il possibile rischio di un abuso di tale libertà da parte del debitore a danno del creditore.
31       Per contro, qualora, come nel procedimento principale, le condizioni previste dalla direttiva 2011/7 siano soddisfatte e gli interessi di mora nonché il risarcimento per i costi di recupero siano esigibili, il creditore, tenuto conto della sua libertà contrattuale, deve rimanere libero di rinunciare agli importi dovuti a titolo di tali interessi e del risarcimento, in particolare quale corrispettivo del pagamento immediato del capitale.
32       Ciò è peraltro confermato dal considerando 16 di tale direttiva, il quale precisa che essa non dovrebbe obbligare un creditore ad esigere interessi di mora.
33       Di conseguenza, come sostanzialmente rilevato dall’avvocato generale al paragrafo 62 delle conclusioni, dalla direttiva 2011/7 non risulta che essa osta a che il creditore sia libero di rinunciare al diritto di richiedere gli interessi di mora nonché il risarcimento per i costi di recupero.
34       Ciò premesso, una simile rinuncia è subordinata alla condizione che il consenso sia stato effettivamente libero, di modo che la rinuncia stessa non deve costituire a sua volta un abuso della libertà contrattuale del creditore che sarebbe imputabile al debitore.
35       In un’ipotesi come quella di cui al procedimento principale, al fine di valutare se la rinuncia sia stata effettuata liberamente, occorre assicurarsi che il creditore avrebbe realmente potuto disporre di tutti i mezzi di ricorso effettivi per richiedere, se lo avesse voluto, il pagamento del suo intero credito, ivi compresi gli interessi di mora e il risarcimento per i costi di recupero, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.
36       Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, si deve rispondere alle prime due questioni dichiarando che la direttiva 2011/7, e in particolare l’articolo 7, paragrafi 2 e 3, della medesima, deve essere interpretata nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente al creditore di rinunciare a richiedere gli interessi di mora e il risarcimento per i costi di recupero quale corrispettivo del pagamento immediato del capitale di crediti esigibili, a condizione che una simile rinuncia sia effettuata liberamente, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare.
*Sulla terza questione*
37       Alla luce delle suesposte considerazioni, non occorre rispondere alla terza questione, dal momento che essa è stata posta solo per il caso in cui si fosse data risposta affermativa alle prime due questioni.

**Sulle spese**

38       Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quinta Sezione) dichiara:

La direttiva 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, e in particolare l’articolo 7, paragrafi 2 e 3, della medesima, deve essere interpretata nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente al creditore di rinunciare a richiedere gli interessi di mora e il risarcimento per i costi di recupero quale corrispettivo del pagamento immediato del capitale di crediti esigibili, a condizione che una simile rinuncia sia effettuata liberamente, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare.

Pubblicato il 20/02/2017
N. 01020/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00264/2017 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 264 del 2017, proposto da:
Cooperativa Golden House a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Luciano Pennacchio, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, Centro Direzionale, viale della Costituzione - Is.G1;

contro

Comune Sant'Antimo, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Loredana Di Spirito, domiciliato ex lege in Napoli, via Roma, 168;

per l'annullamento

della nota prot. n. 2235 del 19.1.17, a firma del Responsabile della Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Sant'Antimo e Casandrino, recante comunicazione di esclusione dalla gara indetta per l’affidamento dei lavori di “Riqualificazione urbana ed ambientale di aree libere comunali CIG: 6479541E5F CUP: B34E14003770002”, del verbale n. 4 del 17.1.17 della commissione esaminatrice istituita per l'affidamento dell'appalto di che trattasi, nella parte in cui ha ritenuto l'offerta della ricorrente irregolare per pretesa sussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 6, lettera a.1) ed a.4) della parte II del disciplinare di Gara, del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede, a pena di esclusione, l'obbligo di inserimento, nella busta contenente l'offerta tecnica, del cronoprogramma atto ad illustrare i criteri di carattere qualitativo (punto b.5) e la dichiarazione di conoscenza delle condizioni ivi indicate (punto b.6), nonché di ogni altro atto preordinato, presupposto, connesso e conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune Sant'Antimo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2017 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Parte ricorrente impugna il provvedimento di esclusione adottato dalla Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Sant’Antimo e Casandrino nell’ambito della procedura aperta indetta nel 2016 per l’affidamento dei lavori di riqualificazione urbana ed ambientale di aree libere comunali, sulla base del progetto esecutivo predisposto dalla stazione appaltante e delle proposte migliorative e/o varianti progettuali offerte dai partecipanti in sede di gara.

In via preliminare, non si applica al caso di specie il c.d. rito “superaccelerato” in materia di appalti pubblici previsto dall’art. 120, commi 2 bis e 6 bis del c.p.a., introdotti dall’art. 204, comma 1, lett. b) e lett. d), D.Lgs. n. 50/2016 secondo cui:

- “Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11…”;

- “Nei casi previsti al comma 2-bis, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica…”.

Difatti, il rito camerale “superaccelerato” è circoscritto esclusivamente ai provvedimenti di esclusione e ammissione emessi “all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali”; pertanto, non si applica in caso di esclusione fondata su presupposti diversi da quelli soggettivi e, quindi, a seguito di estromissione disposta per carenza di elementi essenziali dell’offerta tecnica prescritti dalla lex specialis di gara, come è accaduto nella fattispecie in esame.

Neppure può ipotizzarsi una estensione in via analogica delle nuove disposizioni processuali al di fuori delle ipotesi espressamente previste, ostandovi la natura eccezionale del rito (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, n. 5852/2016; Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 2011, sulla eccezionalità del rito abbreviato ex art. 23 bis della L. n. 1034/1971).

Viceversa, la causa è governata dal rito cautelare “ordinario” previsto in materia di appalti pubblici dagli artt. 55, 119 e 120 c.p.a. e, nel caso specifico, alla camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare, il Tribunale ha ritenuto che la causa fosse matura per la decisione del merito - ravvisando l’integrità del contraddittorio e sussistendone i presupposti di legge - e si è riservato di definirla con sentenza in forma semplificata, dandone avviso alle parti presenti.

Nel merito, il Collegio ritiene di poter respingere il gravame affidando la motivazione al seguente punto risolutivo del giudizio ai sensi degli artt. 60 e 74 c.p.a.: la società ricorrente è stata legittimamente esclusa dalla procedura di gara per aver omesso il cronoprogramma, documento essenziale dell’offerta tecnica, tenuto conto delle prescrizioni contenute nel disciplinare di gara (Parte I; punto 3, lett. ‘b.5’, pag. 11/30 – Parte II, punto 6, lett. ‘a.4’, pag. 22/30) e dei principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa.

Infatti, la lex specialis imponeva ai concorrenti di presentare l’offerta tecnica illustrativa delle proposte migliorative o, in alternativa, delle varianti progettuali e, quanto alle prime, onerava di individuare ciascun elemento mediante una serie di documenti tra i quali, per l’appunto, un “Cronoprogramma costituito massimo da 5 fogli formato A4/A3 ripiegato A4, atto ad illustrare i criteri di carattere qualitativi”, oltre alle dichiarazioni prescritte dalla lett. b.6). Ne consegue che, in base al disciplinare, l’allegazione del cronoprogramma si appalesa necessaria al fine di illustrare sotto il profilo temporale (tale dovendo necessariamente essere il contenuto di un “cronoprogramma”) le modalità di svolgimento delle lavorazioni in riferimento alle proposte migliorative e, altresì, per rappresentarne i criteri qualitativi e gli elementi necessari per valutare le relative capacità realizzative delle società partecipanti (cfr. art. 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016).

Più in generale, tale documento assurge ad elemento essenziale dell'offerta - la cui carenza non è emendabile mediante il potere di soccorso istruttorio - rappresentando impegno negoziale sul rispetto della tempistica delle singole fasi lavorative e certificando la serietà della complessiva offerta contrattuale, almeno in relazione ai tempi di esecuzione: pertanto, ove il cronoprogramma sia stato previsto non solo formalmente ma, soprattutto, sostanzialmente quale elemento imprescindibile per la valutazione della serietà dell'offerta (come avvenuto nel caso di specie) dalla sua mancata allegazione può legittimamente farsi discendere la sanzione dell'esclusione dell’impresa concorrente inadempiente (cfr. T.A.R. Campania, Sez. I, 1899/2015; T.A.R. Sicilia, Catania, n. 880/2013). La prescrizione non aggrava inutilmente il procedimento, rispondendo alla tutela dell'interesse sostanziale della stazione appaltante di far emergere, già in sede di gara, l'impegno contrattuale delle imprese concorrenti al rispetto dei tempi inerenti alle singole fasi lavorative (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5159/2013) con specifico riferimento, nel caso in esame, alle proposte migliorative.

Non è poi condivisibile il ragionamento svolto dalla difesa di parte ricorrente che in più punti lamenta la presunta evanescenza e superfluità dell’elaborato richiesto in quanto, sebbene formalmente denominato “cronoprogramma”, riguarderebbe in realtà profili qualitativi dell’offerta tecnica e sarebbe pertanto sovrapponibile alla relazione tecnica descrittiva di cui alla Parte I, punto 3, lett. b.1) del disciplinare. In senso contrario, oltre a ribadire che, per sua natura, il cronoprogramma descrive le modalità di svolgimento delle lavorazioni sotto il profilo temporale, il fatto che l’impresa ricorrente considerasse inutile o sovrabbondante l’esibizione del documento, non dispensava comunque la medesima dall’obbligo di allegare il cronoprogramma richiesto e, più in generale, di corredare l’offerta tecnica secondo le modalità specificamente previste nella lex specialis al fine di consentire alla commissione di gara di poter compiutamente valutare l’offerta tecnica.

In conclusione, non resta che ribadire l’inconsistenza del gravame e la sua conseguente reiezione.

La definizione del giudizio in fase cautelare e la complessiva valutazione dei fatti di causa giustificano la compensazione delle spese processuali tra le parti costituite.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Ida Raiola, Consigliere

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore