

**Tribunale Amministrativo Regionale - TOSCANA - Firenze - Sezione 1 - Sentenza - 4 luglio 2022
n. 885**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

Sezione Prima

ha pronunciato

la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 356 del 2022, proposto da

Co. S.C. A R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fr. Mo. e Fr. Za., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Lucca, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gi. To. e Al. Be., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Pr. Co. Spa, non costituita in giudizio;

per l'annullamento degli atti e delle operazioni concernenti la procedura indetta dalla Provincia di Lucca per l'affidamento dei "lavori di realizzazione di un nuovo ponte sul Fiume Se. per il collegamento stradale tra la SS. (omissis) dell'(omissis)e la SP. n. (omissis)"(omissis)" nel Comune di Lucca" CIG 8756725611- CUP E61B13000460002", nella parte in cui con gli stessi si è disposto di non procedere all'aggiudicazione della gara in oggetto e, in particolare:

della determinazione dirigenziale del Settore Edilizia Scolastica, Pianificazione, Trasporti e Patrimonio n. 120 dell'11 febbraio 2022 a mezzo della quale è stato disposto di non procedere all'aggiudicazione della gara in esame; delle note prot. n. 3626 dell'11 febbraio 2022 e prot. n. 3820 del 15 febbraio 2022 con cui la Committente ha comunicato all'odierno scrivente la citata determinazione n. 120;

della nota prot. n. 30346 del 17 dicembre 2021 recante richiesta di chiarimenti a Co.; di tutti i verbali di gara (anche istruttori) e, in particolare, del verbale della I^a seduta pubblica del 19 luglio 2021, del verbale della III^a seduta pubblica del 19 novembre 2021, nonché dei verbali delle sedute riservate di valutazione delle offerte tecniche del 18 ottobre 2021, del 27 ottobre 2021, dell'8 novembre 2021 e del 15 novembre 2021; del verbale del 20 maggio 2021 a mezzo del quale è stato approvato il progetto di gara; della relazione del RUP del 1° febbraio 2022;

della nota prot. n. 17167 del 20 luglio 2021 recante comunicazione degli ammessi alla gara; ove occorra, della determinazione dirigenziale n. 448 del 24 maggio 2021 con cui sono stati approvati gli elaborati necessari alla formulazione dell'offerta;

sempre ove occorra, della determinazione dirigenziale n. 455 del 24 maggio 2021 recante delibera di indire la gara de qua; delle operazioni e delle attività di valutazione poste in essere dalla S.A. e di ogni ulteriore atto, operazione o valutazione adottati o posti in essere dall'Amministrazione in dipendenza ed in relazione di tali valutazioni e verifiche; delle clausole della legge di gara in punto di premialità da accordarsi alla pregressa esperienza del concorrente, laddove effettivamente da intendersi nel senso prospettato dall'Amministrazione intimata;

di ogni ulteriore atto presupposto, connesso o conseguente ancorché non conosciuto;

nonché, in subordine, ove il risarcimento in forma specifica non dovesse risultare possibile, per la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno subito da Co. per la mancata esecuzione del contratto, ovvero in via graduata per la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno subito da Co. a titolo di responsabilità precontrattuale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Lucca;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 giugno 2022 il dott. Giovanni Ricchiuto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso la società Co. s.c.a r.l. ha impugnato gli atti e delle operazioni concernenti la procedura indetta dalla Provincia di Lucca per l'affidamento dei "lavori di realizzazione di un nuovo ponte sul Fiume Se. per il collegamento stradale tra la SS. (omissis) dell'(omissis)e la SP. n. (omissis)"(omissis)" nel Comune di Lucca" CIG 8756725611- CUP E61B13000460002", nella parte in cui si è disposto di non procedere all'aggiudicazione della gara in oggetto.

All'esito delle valutazioni della Commissione sull'offerta tecnica e dell'attribuzione dei punteggi sull'offerta economica, la società ricorrente risultava prima graduata con un punteggio complessivo pari a 83,00 punti (63,00 per offerta tecnica e 20,00 per offerta economica), mentre la società Pr. Co. S.p.A. otteneva un punteggio totale di 61,35 punti (52,19 per offerta tecnica e 9,16 per offerta economica).

La Commissione giudicatrice, nel verbale di gara del 19 novembre 2021, proponeva l'aggiudicazione in favore del Consorzio Co. specificando che tale proposta "è condizionata, oltre all'eventuale verifica dell'anomalia su elementi specifici dell'offerta, agli accertamenti di cui all'art. 80 del D.lgs. 50/2016 nonché alle ulteriori specifiche riserve previste dal bando di gara".

Malgrado i chiarimenti forniti, con la determina dirigenziale n. 120 dell'11 febbraio 2022, la stazione appaltante ha deliberato di non aggiudicare la gara, non accogliendo la proposta di aggiudicazione disposta dalla Commissione in favore della ricorrente, "in quanto le offerte pervenute e valutate dalla Commissione non risultano convenienti né idonee in relazione all'oggetto dell'appalto" e "in considerazione delle motivate e sopravvenute esigenze di interesse pubblico connesse alla non attualità del quadro economico e alla necessità di un suo adeguamento in vista dell'indizione di una nuova gara".

Con un'unica, seppur articolata censura, la società Co. sostiene l'illegittimità della decisione di non aggiudicare la gara, in quanto sussisterebbero i requisiti del consorzio istante e, soprattutto, l'Amministrazione avrebbe potuto utilizzare gli strumenti della revisione prezzi e della compensazione al fine di far fronte dell'incremento dei costi dei materiali.

Si è costituita la Provincia di Lucca, eccependo l'inammissibilità del ricorso, in quanto non si sarebbe in presenza di una situazione di affidamento legittimamente tutelabile, essendosi la Commissione limitata a proporre l'aggiudicazione.

Nel merito si sono contestate le argomentazioni proposte, in quanto l'istruttoria svolta dalla stazione appaltante dimostrerebbe la sopravvenuta "anti economicità" dell'opera.

All'udienza del 15 giugno 2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione sulla base delle istanze in questo senso presentate dalle parti in causa.

DIRITTO

1. In primo luogo va evidenziato come l'infondatezza dell'unica censura proposta, consente di prescindere dall'esame dell'eccezione preliminare di inammissibilità.

1.1 La decisione di non procedere all'aggiudicazione è stata assunta a seguito di un'istruttoria, conclusasi con una determina che ha ripercorso le ragioni a fondamento di detta valutazione.

1.2 In particolare l'Amministrazione ha evidenziato alcune criticità, sia con riferimento all'offerta presentata da Co. sia, soprattutto, per quanto concerne l'esistenza di un sopravvenuto incremento dei costi che rendeva l'opera non più sostenibile.

Con riferimento all'offerta presentata si è evidenziato che l'impresa Ma. Srl, indicata quale esecutrice dell'appalto da Co. Scarl, non sarebbe stata in possesso della qualifica OS18A e, comunque, i lavori progressi dalla stessa impresa non sarebbero strettamente attinenti allo specifico oggetto di gara.

1.3 Soprattutto la stazione appaltante ha addotto " motivate e sopravvenute esigenze di interesse pubblico connesse alla non attualità del quadro economico e alla necessità di un suo adeguamento in vista dell'indizione di una nuova gara", riferendosi all'incremento dei prezzi delle materie prime, ritenendo che "un incremento dei prezzi così forte, che ha reso obiettivamente inadeguato il quadro economico di riferimento, pone inoltre serie perplessità circa l'effettiva remuneratività delle offerte pervenute, anche avuto riguardo alle criticità riscontrate ed esposte ai punti precedenti, con tutti i conseguenti rischi di ritardi nelle lavorazioni, cattiva esecuzione delle opere e potenziali contenziosi".

1.4 È necessario premettere che l'opera consiste nella realizzazione di un ponte di collegamento tra due sponde di un fiume, ad arco, realizzato interamente in acciaio.

1.5 La nota del 1 febbraio 2022, richiamata nella determina impugnata, riporta gli incrementi dei singoli prezzi che si sono registrati sin dai primi giorni, dopo l'indizione della gara, e che sono stati formalizzati nei decreti ministeriali e nei prezzari intervenuti nel novembre 2021 (d.m. n. 13 dell'11.11.2021) e nel gennaio 2022 (prezzario Regione Toscana 2022).

1.6 Detti incrementi hanno portato ad un aumento delle voci del quadro economico dell'appalto pari, al 1° febbraio 2022, ad Euro 2.533.922/83, per risultare successivamente incrementati a seguito del d.m. del 4 aprile 2022 e del nuovo prezzario ANAS 2022, per un importo di ulteriori Euro 2.456.540.

Rispetto al momento in cui il bando è stato pubblicato l'Amministrazione ha evidenziato un aumento complessivo dei costi pari a circa 5 milioni di euro e, ciò, a fronte di una spesa prevista di circa 15 milioni.

1.7 Con riferimento alle censure dedotte va preliminarmente chiarito che la valutazione di "anti economicità" dell'opera, prescinde dall'applicazione degli strumenti di adeguamento e compensazione dei prezzi previsti dalla normativa vigente, in quanto si pone in una fase necessariamente antecedente, avendo a riferimento l'esame della situazione in quel momento esistente e le circostanze sopravvenute rispetto alla delibera di indizione.

1.8 I meccanismi introdotti di recente dal Legislatore, tra i quali la modifica dell'art. 113 bis del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (consentendo di emettere fattura al momento dell'adozione dello stato di avanzamento dei lavori senza il rilascio del certificato di pagamento da parte del RUP), unitamente alla compensazione prezzi straordinaria (estesa di recente al 2022 dal D.L. del 1° marzo 2022 n. 17), costituiscono degli strumenti eccezionali per fronteggiare l'incremento dei costi delle materie, consentendo alla stazione appaltante di mantenere gli standard di sicurezza e garantendo la prosecuzione dei lavori e l'ultimazione dell'opera.

1.9 In particolare il riconoscimento di compensazioni, in aumento o in diminuzione, anche in deroga al meccanismo della revisione prezzi, consente all'impresa affidataria di presentare singole istanze di compensazione che, comunque, sono suscettibili di coprire solo parte dei costi sostenuti dalla stazione appaltante.

2. Anche il meccanismo della revisione prezzi, di cui all'art. 106 del D.lgs. 50/2016, è suscettibile di essere applicato nell'ipotesi di eventuali "modifiche" e di varianti dei contratti di appalto già stipulati e in corso di validità, essendo comunque sottoposta ad autorizzazione del RUP in presenza (come nel caso di specie) di incrementi sostanziali.

2.1 L'incremento del costo dell'opera, pari ad un terzo di quanto in origine preventivato, non solo costituiva una circostanza sopravvenuta e non prevista, ma era suscettibile di incidere (in considerazione dell'entità dell'incremento) sulle stesse ragioni che avevano portato l'Amministrazione a decidere per la realizzazione dell'opera.

2.2 Una verifica sulla sostenibilità dell'opera non poteva che risultare obbligata per l'Amministrazione, circostanza quest'ultima ancora più condivisibile considerando che, nel caso di specie, si era nella fase della "proposta di aggiudicazione", nell'ambito della quale la Commissione si era limitata a certificare gli esiti dell'esame delle offerte pervenute, rimettendo ogni valutazione definitiva alla stazione appaltante.

2.3 È evidente che il giudizio di "non sostenibilità" e di anti economicità di un'opera non poteva essere condizionato (se non in minima parte) dall'introduzione di detti strumenti eccezionali che prevedono, peraltro, l'accesso a fondi limitati e sono destinati ad assolvere a necessità impreviste e sopravvenute nel corso dell'esecuzione del contratto (Cons. Stato, Sez. V, 11.1.2022, n.202).

2.4 Detta valutazione, inoltre, non poteva che investire direttamente la stazione appaltante e non poteva che incidere entro la fase dell'aggiudicazione provvisoria, dove la stessa stazione appaltante aveva acquisito i risultati della commissione, competente quest'ultima unicamente per quanto attiene l'esame delle offerte e della regolarità delle domande presentate.

2.5 Ciò premesso è evidente che la correttezza del percorso motivazionale sull'esistenza di un prevalente interesse pubblico che suggeriva di non procedere all'aggiudicazione è, di per sé, sufficiente ad esaurire gli obblighi ai quali era tenuta la stazione appaltante.

2.6 Il provvedimento impugnato è argomentato, in maniera essenziale ed autonoma, sulle conseguenze derivanti dal mutato quadro economico di riferimento, circostanza quest'ultima che non poteva che risultare dirimente, rispetto alle rimanenti considerazioni (circa l'assenza dei requisiti della ricorrente) che, inevitabilmente, hanno finito per assumere un aspetto secondario rispetto alla decisione di non aggiudicare l'opera.

2.7 Da respingere è anche la domanda di risarcimento del danno, non sussistendo nemmeno i presupposti per individuare una responsabilità precontrattuale.

2.8 La giurisprudenza, "nel precisare che l'indennizzo ex art. 21-quinquies deve essere limitato alle spese inutilmente sopportate per partecipare alla gara, ne ha sempre escluso l'applicabilità in caso di revoca di atti ad effetti instabili ed interinali, quali l'aggiudicazione provvisoria, ovvero, nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, una mera proposta di aggiudicazione (nella fattispecie poi approvata...) che non è provvedimento definitivo" (Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2022, n. 202; Cons. Stato, V, 11 giugno 2020, n. 3733).

2.9 E' noto, infatti, che nelle gare pubbliche l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto è atto endoprocedimentale, instabile e ad effetti interinali che determina una scelta non ancora definitiva del soggetto aggiudicatario, con la conseguenza che la possibilità che ad una aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva costituisce evento del tutto fisiologico, inidoneo di per sé a ingenerare forme di affidamento tutelabili e dunque un qualsivoglia obbligo risarcitorio (Cons. Stato Sez. V, 07/02/2022, n. 833).

3. In conclusione l'infondatezza della censura proposta consente di respingere il ricorso, mentre le spese possono essere compensate in considerazione della particolarità della fattispecie esaminata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Compensa le spese.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 15 giugno 2022