



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8312 del 2018, proposto da Delta Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Barberis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ativa - Autostrada Torino-Ivrea-Valle d'Aosta s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Umberto Giardini, Manuela Sanvido e Giovanni Corbyons, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, 44;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Sezione Seconda) n. 979/2018, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ativa - Autostrada Torino-Ivrea-Valle D'Aosta s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2019 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Riccardo Barberis e Giovanni Corbyons;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con lettera di invito in data 18 maggio 2017, la società Autostrada Torino-Ivrea-Valle D'Aosta S.p.A. (d'ora innanzi, ATIVA) indiceva una procedura negoziata per l'affidamento degli *“interventi di adeguamento delle protezioni laterali sovrappassi: Autostrada A5 Torino – Quincinetto Sovrappasso S.P. 82 di Montalenghe prog. Km 18+895 (Cavalcavia n. 11)”*, che veniva aggiudicata, in data 4.8.2017, alla società Delta Costruzioni s.r.l.

Nella stessa data, con nota prot. 305/2017/U, la stazione appaltante chiedeva di far pervenire (entro il termine del 6.9.2017) tutta la documentazione preordinata alla stipula del contratto di appalto, tra cui la garanzia fideiussoria definitiva, la polizza assicurativa C.A.R./R.C.T. e la documentazione di cui al d.lgs. n. 81 del 2008.

Con nota in data 31 agosto 2017, prot. 4350/2017/U, sollecitava un incontro preliminare (da tenersi entro l'8 settembre 2017) per concordare le modalità e le tempistiche di esecuzione dei lavori, l'apprestamento e la gestione del cantiere.

Tuttavia, con pec in data 7 settembre 2017, l'aggiudicataria comunicava la propria impossibilità di partecipare all'incontro fissato al giorno seguente, di tal che, con nota prot. 4502/2017/U in data 8 settembre 2017, ATIVA comunicava il rinvio al 15 settembre 2017.

Nelle more, in data 11 settembre 2017, Delta Costruzioni faceva pervenire documentazione, segnatamente inclusiva: *a)* del POS; *b)* dei nominativi degli operatori con le relative specifiche mansioni; *c)* degli attestati di formazione, con le visite mediche effettuate; *d)* dell'elenco delle attrezzature da utilizzare in cantiere, con i relativi certificati di conformità; *e)* del documento di valutazione rischi; *f)* della copia atto di nomina di RSPP con relativo attestato; *g)* della dichiarazione di non essere oggetto di provvedimenti di sospensione o interdittivi; *h)* della dichiarazione ai sensi dell'art. 90, comma 9, lett. *b)*, d.lgs. n. 81 del 2008; *i)* della dichiarazione attestante le fattispecie di cui al d.P.C.M. 11 maggio 1991, n. 187; *j)* degli estremi del conto corrente dedicato, con indicazione delle generalità dei soggetti autorizzati ad operarvi; *k)* della conferma delle dichiarazioni rese in sede di gara.

La documentazione risultava, peraltro, incompleta, in quanto mancante: *a)* della garanzia fideiussoria, conforme lo schema tipo, per un importo pari al 36,400% dell'importo netto contrattuale; *b)* della polizza assicurativa C.A.R., con i massimali di € 128.412,41, di € 300.000,00 e di € 50.000,00; *c)* della polizza di responsabilità civile per danni causati a terzi, comprensiva di un'estensione di garanzia per l'esecuzione dei lavori in autostrada in presenza di traffico; *d)* dell'elenco dei lavoratori addetti al cantiere, con i relativi attestati di idoneità sanitaria; *e)* degli attestati di formazione ai sensi del d.lgs. n. 81 del 2008, con la copia degli atti di nomina dei preposti, degli incaricati dell'attuazione delle misure di prevenzione incendi, degli incaricati di primo soccorso, del medico competente, dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, tutti con le relative comunicazioni agli enti competenti; *f)* dell'estratto del libro unico del lavoro, con i nominativi dei lavoratori addetti al cantiere; *g)* della dichiarazione di presa visione e accettazione del PSC del progetto esecutivo posto a base di gara; *h)* del modello di richiesta di autorizzazione alle manovre, con allegati attestati di formazione all'esecuzione dei lavori in autostrada, ai sensi del d.m. 4 marzo 2013; *i)* della comunicazione dell'elenco dei subappaltatori e dei subcontraenti.

In data 15 settembre 2017, in occasione della riunione preliminare all'esecuzione dei lavori, tenutasi presso la sede di ATIVA, veniva ribadita (a termine di consegna superato) la necessità di acquisire tutta la documentazione mancante, e sollecitata altresì, in considerazione della ribadita urgenza di procedere all'avvio delle lavorazioni, la presentazione di un dettagliato programma tecnico ed economico, accompagnata dalla indicazione del nominativo del laboratorio di analisi addetto alle prove sui materiali utilizzati per la costruzione, nonché dei documenti relativi al subappalto dell'impresa qualificata per la bonifica dei cordoli contenenti amianto.

In tale occasione, l'impresa si impegnava a consegnare i documenti relativi al subappalto entro quindici giorni (scadenti quindi il 30 settembre 2017) e ciò al fine di consentire all'impresa, successivamente autorizzata, di presentare il piano di lavoro all'ASL per ottenere in tempo utile la necessaria liberatoria. Il tutto al fine di poter dare avvio ai lavori entro il termine massimo concordato di fine mese di ottobre 2017. Veniva, altresì, contestualmente consegnata all'aggiudicataria la nota 15 settembre 2017 prot. 4675/2017/U, avente ad oggetto le informazioni preliminari all'esecuzione, con allegati 14 modelli da restituire compilati.

In data 28 settembre 2017, con nota trasmessa via email, veniva ancora sollecitato, ai fini del rilascio del competente parere da parte del Responsabile dei Lavori, l'invio della documentazione ancora mancante, con segnato riguardo a quella evidenziata come estremamente urgente, perché necessaria a dare avvio alle lavorazioni.

Alla data del 30 settembre 2017, concordata nella riunione preliminare del 15 settembre 2017, non venivano, tuttavia, presentati i documenti relativi al subappalto dell'impresa che si sarebbe dovuta occupare della bonifica dei cordoli contenenti amianto, né veniva presentato il cronoprogramma tecnico economico, né il nominativo del laboratorio analisi, quest'ultimo ulteriormente richiesto con nota in data 12 ottobre 2017, prot. 5241/2017/U.

Solo in data 18 ottobre 2017, l'aggiudicataria inviava la polizza C.A.R./R.C.T. e la polizza definitiva: le quali, nondimeno, risultavano non corrette, in quanto l'importo della garanzia fideiussoria definitiva era inferiore al 18,20% dell'importo di aggiudicazione e l'importo della polizza CAR/RCT/O era inferiore all'importo netto di aggiudicazione e privo dell'estensione di garanzia per l'esecuzione dei lavori in autostrada in presenza di traffico.

Conseguentemente, in data 31 ottobre 2017, con nota prot. 449/2017/U, la stazione appaltante, evidenziando tali incongruenze, richiedeva l'inoltro della documentazione corretta, fissando il nuovo termine del 6 novembre 2017.

Nelle more, sempre in data 31 ottobre 2017, Delta Costruzioni trametteva il POS modificato, il DVR, l'esito della valutazione del rischio rumori e vibrazioni, la nomina dell'addetto antincendio e i relativi attestati, la nomina dell'addetto al primo soccorso e i relativi attestati.

Detta documentazione, tuttavia, era comunque ancora, solo una parte di quella dovuta, richiesta e più volte sollecitata. Perciò, con email del 3 novembre 2017, la committente rinnovava una articolata richiesta di integrazione.

Nondimeno, con pec in pari data, Delta Costruzioni rappresentava l'impossibilità di inviare l'originale delle polizze entro la data del 6 novembre 2017, stante la chiusura per le festività dal 1.11.2017 al 5.11.2017.

In data 10.11.2017, con nota prot. 486/2017, ATIVA formalizzava una nuova diffida.

In data 14.11.2017, la società aggiudicataria trasmetteva la copia delle polizze rettificata e, in data 16.11.2017, l'originale della polizza CAR/RCT/O e della garanzia definitiva corrette.

Con nota prot. 518/2017/U del 24 novembre 2017, ATTIVA diffidava nuovamente a voler trasmettere, entro il 5 dicembre 2017, la documentazione della sicurezza ancora mancante e ad indicare l'impresa che avrebbe svolto i lavori di rimozione e smaltimento cordolo contenente amianto; con la medesima nota, veniva anche richiesta la proroga della garanzia cauzionale.

In data 6 dicembre 2017, preveniva in originale l'appendice della garanzia cauzionale contenente la proroga della polizza medesima, da intendersi quindi anche come conferma di validità dell'offerta

Soltanto in data 13 dicembre 2017 pervenivano i contratti dei subappaltatori (SIDER APPALTI S.r.l. e DE.CO.AM. S.r.l.) oltre ad una bozza del piano di lavoro per la rimozione dei materiali in cemento armato, piano di lavoro previsto dall'art. 256 del d.lgs. n. 81 del 2008, da presentarsi non già alla stazione appaltante, ma all'ASL competente.

Esaminata la documentazione trasmessa, con nota in data 14.12.2017, prot. 6653, ATTIVA ha segnalava: a) la necessità di presentare - utilizzando il modello 1S, già trasmesso in data 15 settembre 2017- l'istanza di autorizzazione al subappalto completa della descrizione dei lavori da subappaltare e degli importi (posto che tali elementi erano risultati incongruenti nella documentazione trasmessa).

Veniva, inoltre, evidenziato che la durata dei lavori del contratto di subappalto era prevista in giorni 360, a fronte di un contratto di appalto che aveva durata imposta di 40 giorni.

Con la medesima nota, ATTIVA contestava la mancata trasmissione della documentazione della sicurezza, necessaria per la verifica dell'idoneità tecnico professionale dell'impresa.

Con pec datata 27 dicembre 2017, trasmessa in data 12 gennaio 2018 e assunta al protocollo in data 16 gennaio 2018, il nuovo Amministratore Unico e Direttore Tecnico della società comunicava che dalla data del 27 novembre 2017 lo stesso aveva assunto dette qualifiche in luogo del Geom. Gaetano Peluso, cessato dalla carica in pari data, senza far pervenire le necessarie dichiarazioni, anche ai fini della stipula del contratto di appalto, in relazione al nuovo Amministratore Unico e Direttore Tecnico. In data 15 gennaio 2018, attraverso e-mail del Direttore Operativo e Direttore per l'esecuzione, avendo, comunque, esaminato il Piano di Lavoro per la rimozione dell'amianto che era stato trasmesso ai fini della produzione all'ASL competente,

ATTIVA segnalava numerose criticità in esso riscontrate ed in particolare, a titolo esemplificativo, la carenza di indicazione dell'area oggetto di lavori, dell'indicazione corretta dell'ASL di competenza, della descrizione chiara e sintetica dell'opera, dei dati relativi all'UDP (Unità di decontaminazione del personale), dell'elenco dei DPI da fornire al personale, dell'elenco delle attrezzature .

A questo punto, a fronte dei maturati ritardi e visto il protrarsi degli inadempimenti da parte dell'impresa, ATTIVA si era vista costretta, in data 2 febbraio 2018, a dare corso all'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione *ex* art. 7 l. n. 241 del 1990, concedendo all'aggiudicatario un termine di dieci giorni per presentare le proprie eventuali controdeduzioni.

Con pec inviata in data 8 febbraio 2018, assunta a protocollo ATTIVA in data 9 febbraio 2018, prot. n. 0068I/gare, Delta Costruzioni chiedeva "*chiarimenti*" relativi alla documentazione mancante per le autorizzazioni al subappalto ed precisava che il piano di lavoro sarebbe stato presentato all'ASL di competenza successivamente all'autorizzazione stessa, allegando alla predetta nota il modello 1S (modello di richiesta di autorizzazione al subappalto), modello 2S (allegato del modello 1S, recante dichiarazioni sostitutive ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000, con la quale il legale rappresentante e tutti i soggetti previsti dall'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016, dell'impresa alla quale intendeva subappaltare, dichiaravano di non trovarsi nelle condizioni di cui all'art. 80 del medesimo d.lgs. n. 80 del 2016 ed in tutte le altre condizioni ostative alla partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici.

In data 9 febbraio 2018, con pec assunta a protocollo n. 72/208/I, la società ribadiva, peraltro, che tutta la documentazione richiesta sarebbe stata inoltrata, invitando con ciò a procedere in tempi brevi ad autorizzare il subappalto per lo smaltimento dell'amianto rilevando che, in difetto, l'impresa non avrebbe potuto presentare il Piano di Lavoro all'ASL. Con medesima nota, l'impresa ha diffidato ATTIVA alla sottoscrizione del contratto.

Visto il persistere di ingiustificate e gravi omissioni documentali e/o produzioni gravemente erranee, non emendate, la stazione appaltante, concludendo il procedimento, revocava l'aggiudicazione definitiva dei lavori, con contestuale escussione della garanzia fideiussoria provvisoria.

2., Avverso la ridetta determinazione (ed alle pedissequae determinazioni), Delta Costruzioni insorgeva, con ricorso proposto presso il Tribunale amministrativo per il

Piemonte che, con l'epigrafata sentenza lo respingeva, sul complessivo ed argomentato assunto: *a)* che la società non avesse fornito idonea dimostrazione di aver correttamente adempiuto agli obblighi di allegazione documentale che le incombevano; *b)* che la disposta revoca fosse, perciò, giustificata nei relativi presupposti.

3.- Avverso la ridetta statuizione, con atto notificato nei tempi e nelle forme di rito, Delta Costruzioni proponeva appello, lamentandone l'erroneità ed ingiustizia ed invocandone l'integrale riforma.

Nella resistenza di ATIVA, alla pubblica udienza del 7 febbraio 2019, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello non è fondato e va respinto.

2.- Con unico, articolato motivo di gravame, l'appellante lamenta – dolendosi del difforme apprezzamento operato dal primo giudice – che i provvedimenti impugnati siano stati adottati in assenza dei presupposti ed in violazione degli artt. 32 e 105 del d.lgs. 50 del 2016, non disgiunta da eccesso di potere: a suo dire la stazione appaltante avrebbe chiesto e sollecitato la produzione di documentazione *afferre alla fase esecutiva dell'appalto* (e, quindi, *alla fase privatistica*) la cui carenza, quindi, non avrebbe potuto giustificare l'adozione di un atto di revoca della disposta aggiudicazione, *afferre alla fase pubblicistica*. Inoltre, non sarebbe dimostrato l'inadempimento all'obbligo di fornire, secondo una obiettiva e sicura tempistica, la documentazione necessaria all'inizio dei programmati lavori.

2.1.- Si tratta, come ritenuto dal primo giudice, di assunto erroneo.

La documentazione richiesta, di cui si è dato conto, risultava strumentale alla *stipula del contratto* (come, per esempio, la garanzia fidejussoria, la polizza assicurativa e i documenti relativi agli adempimenti di cui al d.lgs. n. 81 del 2008).

Le vicende che precedono la stipulazione del contratto appartengono ancora alla fase pubblicistica e legittimano, in presenza dei presupposti, l'attivazione dei poteri di autotutela, fatti salvi dall'art. 32, comma 8 d.lgs. n. 50/2016 (cfr. Cass. SS.UU., 9 ottobre 2017, n. 23600; Cons. Stato, III, 29 novembre 2016, n. 5026; Id., V, 28 ottobre 2015, n. 4934).

Del resto, consegna e inizio dei lavori erano stati concordati tra le parti (diversamente da quanto assume l'appellante) con fissazione del termine del 31 ottobre 2017: di tal che appare irrilevante la mancanza di una formale convocazione per la sottoscrizione (del resto, inutile nella acclarata carenza della necessaria documentazione).

Deve, perciò, ribadirsi che, a fronte degli accordi e degli impegni assunti con la stazione appaltante in vista dell'avvio dei lavori, negare rilievo alle mancanze commesse porterebbe ad un'applicazione formalistica delle norme e legittimerebbe un comportamento contrario ai fondamentali doveri di correttezza e buona fede, che devono improntare il comportamento di entrambe le parti in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica.

In mancanza di contestazioni al riguardo, devono poi ritenersi sussistenti tutti gli inadempimenti e le incongruenze nella documentazione presentata, lamentate dall'amministrazione anche successivamente allo scadere del termine del 31 ottobre 2017.

Il procedimento di evidenza pubblica ha, in effetti, scopi e valenza unitari, fino al momento della stipula del contratto, che non solo consentono - ma anzi impongono, nell'interesse pubblico, anche ai fini della revoca dell'aggiudicazione - la valutazione di tutte le circostanze e gli elementi concernenti il raggiungimento in concreto dell'obiettivo di scegliere l'operatore economico più serio ed affidabile per la migliore e tempestiva esecuzione dell'appalto.

Nel caso di specie, il reiterato atteggiamento non cooperativo, obiettivamente idoneo a ritardare la stipula del contratto anche a fronte di lavori dichiaratamente connotati di urgenza, ha legittimamente indotto alla caducazione dell'aggiudicazione, in presenza di motivate ragioni di pubblico interesse ed essendo lo strumento autoritativo rimotivo preordinato a reagire all'inadempimento agli obblighi strumentali dell'aggiudicatario.

Per giunta, trattandosi di legittima sottrazione all'obbligo di stipulare il contratto, l'esclusione di ogni affidamento in capo alla parte resasi inadempiente esclude che (a differenza di quanto accade nella revoca per mere ragioni di pubblico interesse: cfr. art. 21-*quinquies* l. n. 241 del 1990) residuino pretese indennitarie a vantaggio della parte privata, che non può trarre vantaggio dalla propria condotta negligente e, comunque, contraria ai doveri prenegoziali di buona fede.

3.- Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante alla refusione delle spese di lite a favore della Autostrada Torino-Ivrea-Valle D'Aosta S.p.A, che liquida in complessivi € 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO