

N. 01461/2014REG.PROV.COLL.
N. 03660/2013 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3660 del 2013, proposto da:
Società Italiana per Condotte d'Acqua S.p.a. in proprio e quale
capogruppo mandataria del costituendo RTI con le mandanti Grandi
Lavori Fincosit S.p.A. e Impresa di Costruzioni ing. E. Mantovani
S.p.A., rappresentate e difese dagli Avv.ti Piero d'Amelio e Giovanni
C. Sciacca, con domicilio in Roma, via di Porta Pinciana, 6.

contro

Anas Spa, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello
Stato, presso i cui Uffici, ope legis, domicilia, in Roma, via dei
Portoghesi, 12;

nei confronti di

Autostrada del Brennero, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giovanni
Pellegrino e Gianluigi Pellegrino, dal Prof. Fabio Avv. A. Roversi
Monaco, dall'Avv. Gualtiero Pittalis e dall'Avv. Maria Giulia Roversi

Monaco, con domicilio in Roma presso lo studio dell'Avv. Gianluigi Pellegrino, Corso del Rinascimento, 11;

Rti Coopsette Soc Coop, Rti Impresa Pizzarotti & C Spa, Rti Cordioli & C Spa, Rti Edilizia Wipptal Spa, Rti Oberosler Cav Pietro Spa, Rti Impresa di Costruzioni Geom. Collini Spa, Rti Consorzio Stabile Co.Seam Spa, Rti Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro Soc Coop Pa, Rti Consorzio Stabile Modenese, Rti Mazzi Impresa Generali Costruzioni Spa;

per la riforma

della sentenza Tar Emilia Romagna - Bologna - Sez. II - n. 106/2013, concernente l'aggiudicazione provvisoria dell'affidamento in concessione della progettazione, riqualificazione funzionale ad autostrada e della gestione del raccordo autostradale Ferrara - Porto Garibaldi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas S.p.A. e di Autostrada del Brennero S.p.A.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Autostrada del Brennero S.p.A.,

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2013 il Cons. Nicola Russo e uditi per le parti gli avvocati Crisostomo Sciacca e Pellegrino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'ANAS bandiva una procedura di gara aperta a base della quale è stato posto lo studio di fattibilità presentato e adottato dal consiglio di amministrazione ai sensi dell'art. 153, co. 19 del D.Lgs. n. 163/2006, per l'affidamento in concessione della progettazione della riqualificazione funzionale ad autostrada e della gestione del raccordo autostradale Ferrara - Porto Garibaldi, con impiego di risorse a carico dei proponenti (in GUCE del 17.1.2009, S01).

Criterio di aggiudicazione adottato era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con importo presunto dell'intervento pari ad Euro 633.300.333, IVA esclusa.

Il costituendo RTI Condotte partecipava alla predetta procedura venendo dapprima escluso, in considerazione dell'errato presupposto che la sua offerta tecnica contenesse dati, quali le tariffe di pedaggi e la durata della concessione, inerenti ad elementi di natura qualitativa propri dell'offerta economica.

A fronte di tale esclusione RTI Condotte proponeva ricorso al TAR Lazio, riassunto, a seguito di declaratoria di incompetenza, dinanzi al TAR Emilia Romagna, che, con sentenza n. 89/2011, confermata da questa Sezione con sentenza n. 5344 del 2011, annullava il provvedimento di esclusione.

Cosicché RTI Condotte veniva riammessa al prosieguo della procedura, che si concludeva con la aggiudicazione provvisoria del

RTI Autobrennero S.p.A. con un punteggio di 59,91, rispetto ai 59,60 conseguito da RTI Condotte.

Successivamente, detta aggiudicazione provvisoria veniva approvata dall'organo aziendale di ANAS ai sensi dell'art. 12, co. 1 del d.lgs. 163/2006.

Ciò premesso, il RTI Condotte ha proposto ricorso avanti al Tar Emilia Romagna (r.g. n. 52 del 2012), chiedendo l'annullamento dei provvedimenti adottati e deducendo censure di violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili.

Dal canto suo il RTI Autobrennero ha proposto ricorso incidentale, chiedendo a sua volta l'annullamento degli atti di gara nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione dell'odierna appellante.

Il TAR adito si è pronunciato con sentenza n. 106 del 12 febbraio 2013, respingendo il ricorso principale, dichiarando venuto meno l'interesse del ricorrente incidentale all'esame del proprio ricorso e compensando le spese di giudizio fra le parti.

Avverso tale pronuncia propone appello RTI Condotte, riproponendo alcuni dei motivi dedotti in prime cure e rinunciando espressamente ai motivi non riproposti.

I motivi del ricorso incidentale di Autobrennero non esaminati dal TAR sono stati anch'essi espressamente riproposti nel presente grado di giudizio in sede di memoria di costituzione.

Anche l'ANAS si è costituita, a mezzo del patrocinio dell'Avvocatura Generale dello Stato.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie

illustrative e repliche e alla pubblica udienza del 3 dicembre 2013 la causa è stata spedita in decisione.

DIRITTO

Com'è noto sulla questione dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale di natura escludente è di recente intervenuta (a seguito del rinvio disposto dal TAR Piemonte, sez. II, ord. 9 febbraio 2012, n. 208) la Corte di Giustizia UE (sez. X, sentenza 4 luglio 2013 – C 100/12, Fastweb S.p.A. e altro c. Telecom Italia S.p.A e altro), la quale, superando la rigida prospettiva imposta dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, ha espresso il seguente principio: << l'art. 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che, se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla compatibilità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale >>.

La conseguenza è che il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui

la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici; in una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri.

Tanto premesso, il par. B.3) n. 4 del Disciplinare di gara (pag. 15) prevede che l'offerta economica sia corredata, a pena di esclusione, dalla "Convenzione di Concessione, da redigersi in conformità allo Schema di Convenzione posto a base di gara ed allegato al presente Disciplinare di gara (allegato 6)".

Come fondatamente dedotto dall'appellante principale, dunque, e contrariamente a quanto affermato sul punto dai giudici di prime cure, se lo schema di convenzione allegato all'offerta economica apporta sostanziali modifiche allo schema di convenzione posto a base di gara, la *lex specialis* impone l'esclusione del concorrente.

Non vale, pertanto, sostenere, come invece fatto dalle parti appellate, sulla base anche della sentenza impugnata, che le modifiche apportate da Autobrennero alla convenzione posta a base di gara non sarebbero vincolanti per ANAS e potrebbero, quindi, non essere accettate, in quanto, una volta accertata la presenza di elementi di sostanziale contrasto con la convenzione posta a base di gara non vi sono spazi di opinabilità da parte della stazione appaltante.

Il RTI Condotte rileva, dunque, che lo schema di convenzione allegato all'offerta economica dell'ATI Autobrennero apporterebbe, appunto, sostanziali modifiche allo schema di convenzione posto a base di gara, ponendosi in contrasto con esso.

Il motivo è fondato.

La modifica sostanziale dedotta dall'appellante e che il Collegio reputa fondata attiene all'erogazione del contributo pubblico (art. 13, co. 8).

Al riguardo RTI Condotte evidenzia l'aggiunta del co. 8 da parte dell'ATI Autobrennero in base al quale: "A partire dalla data di primo rimborso dei finanziamenti bancari, il Concessionario rimborserà al concedente il Contributo pubblico incassato. Il rimborso avverrà in quote semestrali... subordinatamente al servizio del debito relativo ai finanziamenti bancari (interessi, commissioni e rimborsi in linea capitale), ossia nei limiti della cassa che residua dopo il pagamento dei costi operativi, delle imposte, degli investimenti...".

Così facendo, però, l'ATI Autobrennero individua un ordine di priorità dei propri pagamenti, collocando il rimborso del contributo pubblico in coda: se infatti i costi operativi del concessionario ovvero le altre voci di costo che hanno precedenza rispetto al rimborso del contributo pubblico non fossero sufficienti per effettuare il rimborso, grazie alla suddetta clausola contrattuale (aggiunta), il RTI Autobrennero avrebbe il diritto di non procedere ad alcun rimborso.

Pertanto, giustamente rileva RTI Condotte come le modifiche apportate dal RTI Autobrennero si sostanziano in modifiche dello schema contrattuale del Disciplinare, che muta le obbligazioni del concessionario ivi previste o meglio, le condiziona al verificarsi di eventi in modo a lui favorevole e sfavorevole al concedente, finendo per stravolgere in tal modo lo schema di convenzione.

Con la seconda censura parte appellante rileva violazione del

paragrafo C. B) “Elementi di natura quantitativa” del Disciplinare di gara, in relazione all’elemento 10 “Contributo a fondo perduto a carico del concedente”; eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria.

Anche tale censura è fondata.

Si rileva, al riguardo, come un impegno subordinato ad una serie di condizioni, quali gli investimenti e i costi operativi del concessionario, che, pertanto, non garantiscono in alcun modo al concedente l’effettivo rimborso, non può essere ritenuto conforme alle regole di gara e comunque non rappresenta un impegno certo e di garanzia per il concedente.

Con la terza censura parte appellante rileva violazione e falsa applicazione del paragrafo C. B) “Elementi di natura quantitativa” del Disciplinare di gara, in relazione all’elemento 8 “proventi sulle attività collaterali retrocessi al concedente”; eccesso di potere per illogicità, disparità di trattamento, difetto di istruttoria.

Al riguardo, a fronte di un disciplinare di gara che nulla prevedeva circa l’attribuzione del punteggio in presenza di durate diverse della concessione, la commissione avrebbe dovuto adottare un’interpretazione che premiasse effettivamente il “valore più alto in assoluto”, e cioè l’interpretazione più favorevole rispetto all’interesse pubblico, che è quello di garantirsi una maggiore redditività della concessione.

Da tale punto di vista, l’offerta di RTI Condotte restituisce anno per anno ad ANAS un maggior ricavo rispetto a quello restituito da

Autobrennero e lascia alla medesima ANAS, a partire dall'anno successivo alla scadenza della concessione (2050), l'interezza dei ricavi connessi alla concessione, che ammontano a 270 €/Mil per il triennio. A sua volta il RTI Autobrennero, che ha offerto 3 anni in più di concessione rispetto al RTI Condotte (anno 2053 rispetto al 2050), in quei 3 anni retrocede ad ANAS un importo di 4,9 €/Mil, che, sottratti al valore dei ricavi retrocessi pari a 46,11 €/Mil, portano ad un importo complessivo di 41,21 €/Mil, inferiori ai 44,09 €/Mil offerti dal RTI Condotte, che pertanto aveva diritto all'esito della gara a vedersi attribuire i 2 punti (decisivi) in più, che invece sono stati - illegittimamente - attribuiti ad Autobrennero.

Tanto premesso in ordine alla fondatezza dell'appello principale, occorre adesso passare ad esaminare le censure sollevate con l'appello incidentale dall'ATI Autobrennero, in applicazione diretta dei principi fissati dalla Corte di Giustizia nella citata sentenza 4 luglio 2013 – C 100/12 in materia di ricorsi reciprocamente escludenti.

L'appello incidentale è infondato.

Col primo motivo si sostiene che la dichiarazione ex art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 resa dall'Ing. D'Andrea, legale rappresentante e direttore tecnico della capogruppo (Condotte), sarebbe tamquam non esset in quanto priva della data.

Il motivo è privo di pregio, in quanto la normativa in materia (DPR 28 dicembre 2000 n. 445) non prevede che la dichiarazione sostitutiva di certificazioni debba recare la data e, comunque, s'intende che se non sia stata apposta la data, la dichiarazione si considera resa quando

viene presentata all'amministrazione alla quale è diretta (cfr. Cons. St., sez. V, 22.2.2007, n. 967).

Si sostiene inoltre che la dichiarazione ex art. 38 riguardante i "cessati dalla carica" della Grandi Lavori Fincosit (GLF), mandante del RTI Condotte, resa dal legale rappresentante con la formula "per quanto di propria conoscenza" sarebbe per questo inesistente.

Anche tale assunto è privo di fondamento.

Questo Consiglio ha, in identica fattispecie, ritenuto corretta e coerente con il quadro normativo di riferimento la dichiarazione sostitutiva con la quale il legale rappresentante dell'impresa abbia attestato, con la puntualizzazione "per quanto di propria conoscenza", l'assenza di cause ostative ex art. 38 in capo agli amministratori e direttori tecnici cessati dalla carica (cfr. Cons. St., sez. IV, n. 3862/2011; sez. III, n. 3686/2011; sez. V, n. 2715/2011; AVCP par. n. 211/2012).

Quanto al secondo motivo del ricorso incidentale, con esso si censurano:

- 1) le modalità di presentazione del certificato della camera di Commercio di GLF, che non sarebbero rispondenti a quanto richiesto dal punto B.1, lett. c) del Disciplinare, il quale richiede ai concorrenti di produrre copia conforme dell'originale del certificato della camera di Commercio, completo di dicitura antimafia;
- 2) la mancata dichiarazione del procuratore Sardella e del cessato dalla carica sig. Riggio.

Quanto al primo profilo, GLF, in conformità a quanto previsto dal

Disciplinare, ha prodotto la copia conforme del certificato della Camera di Commercio, completo di N.O. antimafia; la documentazione è stata sottoscritta dall'Ing. Alessandro Zanchini il quale, pur non essendo iscritto alla camera di Commercio (ma ciò non era richiesto dal disciplinare) ha reso comunque la propria dichiarazione ex art. 38, essendo il soggetto che ha sottoscritto i documenti per conto di GLF.

Quanto al secondo profilo, relativo all'omessa dichiarazione ex art. 38 da parte dei procuratori, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, nella sentenza 16 ottobre 2013 n. 23, ha chiarito che qualora la lex specialis non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima non potrà essere disposta per la omessa dichiarazione ex art. 38, ma soltanto laddove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione. Nella specie, né il Disciplinare prevede alcuna specifica comminatoria di esclusione né risultano cause ostative ex art. 38 in capo ai due procuratori.

Nel terzo motivo di ricorso (ora appello incidentale) Autobrennero sostiene che il RTI Condotte avrebbe prodotto uno Studio del Traffico carente di elementi essenziali, quali l'analisi di sensitività della tariffa e l'analisi dell'efficacia della nuova infrastruttura nella diminuzione del traffico sulla viabilità ordinaria.

In disparte che trattasi di censure che impingono anche il merito tecnico, si rileva che lo studio di traffico presentato appare del tutto coerente con le prescrizioni del Disciplinare di gara, sia per quanto attiene l'analisi di sensitività della tariffa (è la stessa commissione di

gara ad attestarlo: v. verbali nn. 20 pag. 4 e 22 pag. 6), sia per quanto attiene l'analisi relativa alla diminuzione della congestione sulla viabilità servita.

Il PEF predisposto dal RTI Condotte – e si passa così al quarto motivo dell'appello incidentale di Autobrennero – appare completo e conforme a quanto richiesto nel Disciplinare di gara, essendo in particolare:

- asseverato da un istituto di credito;
- redatto su supporto cartaceo ed informatico;
- redatto secondo gli schemi e le tabelle previsti nell'allegato 4 al Disciplinare;
- accompagnato dal piano regolatorio redatto secondo gli schemi previsti nell'allegato 4 al Disciplinare.

Parimenti non appaiono fondate le contestazioni sollevate nel quinto motivo dell'incidentale, relative ad una presunta (e non provata) sottostima 1) dei costi di gestione e 2) di investimento, onde sostenere la incongruità del PEF.

Il sistema di esazione (denominato free flow) e il progetto preliminare offerti dal RTI Condotte sono diversi da quelli offerti dal RTI Autobrennero e pertanto non possono sic et simpliciter essere messi a raffronto, prendendo quale elemento di paragone quello di Autobrennero, basato su scelte progettuali del tutto differenti, anche quanto a valutazione economica (peraltro più onerosa per quanto riguarda il RTI Autobrennero rispetto al RTI Condotte).

Da quanto fin qui detto consegue la fondatezza dell'appello principale

del RTI Condotte e l'infondatezza dell'appello incidentale del RTI Autobrennero; di conseguenza, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso di primo grado e, per l'effetto, deve essere annullato il provvedimento di aggiudicazione provvisoria al RTI Autobrennero dell'affidamento della concessione per cui è causa. Occorre a questo punto precisare che in tema di concessioni ex art. 153 D.Lgs. n. 163/2006, a differenza che negli appalti di lavori, l'approvazione da parte dell'autorità competente dell'aggiudicazione provvisoria disposta dalla Commissione di gara individua in maniera definitiva il promotore dell'intervento.

Ciò comporta, sul piano conformativo, che ANAS è tenuta ad avviare la procedura di approvazione del progetto preliminare dell'opera predisposto dal promotore, così come individuato in base all'esito del presente giudizio, vale a dire, nella specie, in favore del RTI Condotte. Dispongono, infatti, i commi 10 e 11 dell'art. 153 del citato codice dei contratti che:

<<10. L'amministrazione aggiudicatrice:

...

b) redige una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta; la nomina del promotore può aver luogo anche in presenza di una sola offerta;

c) pone in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore, con le modalità indicate all'articolo 97...;

d) quando il progetto non necessita di modifiche progettuali, procede direttamente alla stipula della concessione;

e) qualora il promotore non accetti di modificare il progetto, ha facoltà di richiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche al progetto presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso.

11. La stipulazione del contratto di concessione può avvenire solamente a seguito della conclusione, con esito positivo, della procedura di approvazione del progetto preliminare e della accettazione delle modifiche progettuali da parte del promotore, ovvero del diverso concorrente aggiudicatario... >>.

Le spese del doppio grado, data la complessità delle questioni affrontate, possono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale ed incidentale, così provvede:

accoglie l'appello principale, e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annulla l'aggiudicazione provvisoria disposta in favore del RTI Autobrennero S.p.A.;

respinge l'appello incidentale proposto dal RTI Autobrennero S.p.A.;
dispone la compensazione integrale delle spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente FF

Nicola Russo, Consigliere, Estensore

Sergio De Felice, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/03/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)