

Pubblicato il 15/05/2019

N. 00414/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00259/2018 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 259 del 2018, proposto da
Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini S.r.l., rappresentata e difesa dagli
avvocati Pierluigi Piselli, Gianni Marco Di Paolo e Angelo Lalli, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio
dell'avv. Pierluigi Piselli, in Cagliari, corso Vittorio Emanuele II, n. 1;

contro

Abbanoa S.p.A., rappresentata e difesa dall'avvocato Antonello Rossi, con domicilio
digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio
in Cagliari, via Ada Negri n. 32;

nei confronti

Società Cooperativa Braccianti Riminese - C.B.R., C.O.G.E.M. S.r.l., rappresentati e
difesi dall'avvocato Umberto Cossu, con domicilio digitale come da P.E.C. da
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Satta n. 33;

per l'ottemperanza:

- della sentenza del T.A.R. Sardegna, Sez. I, n. 1089/2014, pubblicata in data
18.12.2014 all'esito del giudizio distinto con R.G. n. 612/2014 e confermata dal
Consiglio di Stato con sentenza n. 4942 del 28.10.2015, pertanto passata in giudicato
tra le parti il 28.1.2016, con cui è stato rigettato il ricorso proposto dalla Società
Cooperativa Braccianti Riminese - C.B.R. avverso l'aggiudicazione in via definitiva
disposta da Abbanoa S.p.A., in favore dell' Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello
Pellegrini s.r.l., della procedura aperta per l'affidamento dell'appalto inerente la

progettazione esecutiva e successiva esecuzione dei “Lavori di riordino e razionalizzazione della fascia costiera di Quartu Sant'Elena- lotto di completamento estendimento rete da Terra Mala a Capitana ID 2011-2014”.

nonché per la declaratoria di nullità o, in subordine, l'annullamento:

- della nota D.D.G. n. 78 del 13.2.2018, comunicata alla Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini s.r.l. il 21.2.2018, con cui Abbanoa S.p.A. ha annullato la predetta aggiudicazione;
- della nota prot. SM 12331 UO GARE LLPP del 6.3.2018, con cui Abbanoa S.p.A. ha richiesto all'Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini s.r.l. l'escussione della polizza di garanzia provvisoria presentata per la partecipazione alla gara d'appalto;
- ove occorrer possa, delle note prot. nn. SM 10339 UO GARE LLPP del 21.2.2018, n. 12133 UO GARE LLPP del 5.3.2018 del 16.3.2018, a firma dell'Avv. A. Rossi, con cui Abbanoa S.p.A. ha rappresentato alla Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini s.r.l. l'asserita vincolatività dell'annullamento dell'aggiudicazione e dell'escussione della polizza di garanzia provvisoria.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Abbanoa S.p.A. e della Società Cooperativa Braccianti Riminese- C.B.R. e di C.O.G.E.M. S.r.l.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2019 il dott. Antonio Plaisant e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato il 28 marzo 2014 Abbanoa S.p.A. (da qui in poi soltanto “Abbanoa”) aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento della *“Progettazione definitiva ed esecutiva, con successiva esecuzione dei lavori di riordino e razionalizzazione della fascia costiera di Quartu S.Elena: lotto di completamento estendimento rete da Terra Mala a Capitana”*.

All'esito era risultata prima l'Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini S.r.l. (da qui in poi soltanto “Pellegrini”), seguita dal raggruppamento temporaneo di imprese tra la Società Cooperativa Braccianti Riminese - C.B.R. (da qui in poi soltanto

“Società Cooperativa”) e la C.O.G.E.M S.r.l.

Con ricorso R.G. n. 612/2014, la Società Cooperativa aveva impugnato tale esito di gara, contestando i punteggi assegnati dalla Commissione, ma la domanda era stata respinta da questa Sezione con sentenza 18 dicembre 2014, n. 1089, poi confermata dal Consiglio di Stato con sentenza 28 ottobre 2015, n. 4942; in seguito, pur non essendo stato stipulato il contratto di appalto, l'aggiudicataria aveva iniziato a predisporre la progettazione definitiva.

Con note del 21 aprile 2016 e del 26 luglio 2016, la Società Cooperativa aveva comunicato ad Abbanoa che, dopo la pubblicazione delle citate pronunce, il Direttore tecnico di uno degli studi professionali incaricati dalla Pellegrini di curare la progettazione era stato cancellato dall'Albo, il che avrebbe dovuto comportare il ritiro dell'aggiudicazione, ma tale richiesta era stata respinta dalla stazione appaltante con nota del 10 agosto 2016, n. 48135.

Avverso tale decisione la Società Cooperativa aveva proposto il ricorso R.G. n. 818/2016, che era stato respinto da questa Sezione con sentenza 9 marzo 2017, n. 172, poi però riformata dalla V Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza 18 dicembre 2017, n. 5944; il Giudice d'Appello ha, infatti, annullato la decisione di Abbanoa di non procedere al ritiro in autotutela dell'aggiudicazione alla Pellegrini e ha dichiarato *“l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato dalla stazione appaltante con quest'ultima”*, nonché disposto *“in tal caso il subentro, nel medesimo, dell'Ati capeggiata dall'appellante principale”*, cioè dalla Società Cooperativa.

A quel punto la Pellegrini, con nota del 20 dicembre 2017, ha preannunciato ad Abbanoa la presentazione di un ricorso per revocazione avverso la citata sentenza del Consiglio di Stato n. 5944/2017, poi effettivamente proposto (con R.G. n. 1536/2018) e notificato alla stazione appaltante in data 20 febbraio 2018.

Con determinazione 13 febbraio 2018, comunicata il 21 febbraio 2018, Abbanoa ha annullato l'aggiudicazione in favore della Pellegrini, in dichiarata esecuzione della pronuncia del Consiglio di Stato n. 5944/2017; inoltre la stazione appaltante ha proceduto all'escussione della cauzione provvisoria a carico della Pellegrini e all'affidamento dell'appalto *“previa verifica dei requisiti, al costituendo raggruppamento temporaneo Società Cooperativa Braccianti Riminese - Co. Ge. M s.r.l., prima in graduatoria...”*.

Dopo ulteriori diffide senza esito, la Pellegrini ha depositato il ricorso epigrafe

descritto, con cui ha proposto le seguenti domande:

- in via principale, l'accertamento della nullità dell'atto di ritiro dell'aggiudicazione e della conseguente escussione della cauzione, per contrasto con la sentenza di questa Sezione n. 1089/2014 (confermata all'esito del relativo giudizio di appello: vedi supra), nonché l'adozione di tutte le misure idonee ad assicurare l'esecuzione di tale giudicato;

- in via subordinata, l'annullamento degli stessi atti impugnati per violazione dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, perplessità, assenza dei presupposti, violazione dell'art. 21 *nonies* della stessa legge n. 241/1990, illegittimità dell'escussione della cauzione provvisoria, sviamento, irragionevolezza, illogicità e ingiustizia manifesta.

Si sono costituite in giudizio Abbanoa, Società Cooperativa Braccianti Riminese e Cogem S.r.l., eccependo, sotto diversi profili, l'inammissibilità e infondatezza del ricorso, nonché l'incompetenza funzionale di questo Tribunale in favore del Consiglio di Stato.

Alla Camera di Consiglio del 6 giugno 2018, su concorde richiesta delle parti, la discussione della causa è stata rinviata al 21 novembre 2018.

In data 1 ottobre 2018 la difesa di Abbanoa ha versato in atti copia della sentenza 1 agosto 2018, n. 4786, con cui il Consiglio di Stato aveva, nel frattempo, respinto il ricorso per revocazione proposto avverso la propria sentenza n. 5944/2017.

Dopo lo scambio di ulteriori memorie difensive, in data 5 novembre 2018 la difesa di Pellegrini ha depositato in giudizio una domanda risarcitoria avente a oggetto:

- in via principale, il danno cagionato dall'impossibilità di esecuzione del giudicato, che secondo la ricorrente sarebbe imputabile ad Abbanoa per non aver dato esecuzione (sottoscrivendo il contratto di appalto) alla sentenza di questa Sezione n. 1089/2014; tale condotta inerte si sarebbe illecitamente protratta dal 18 dicembre 2014 (data di pubblicazione della predetta sentenza n. 1089/2014) al 18 dicembre 2017 (data di pubblicazione della sentenza n. 5944/2017, con cui il Consiglio di Stato si è poi pronunciato in senso sfavorevole alla ricorrente);

- in via subordinata, il danno da lesione dell'affidamento incolpevolmente riposto da Pellegrini sulla possibilità di eseguire l'appalto, che discenderebbe dai seguenti elementi: - l'esito inizialmente favorevole della gara; - l'esito vittorioso, altresì, del

primo giudizio amministrativo azionato dalla controinteressata avverso l'aggiudicazione dell'appalto alla Pellegrini; - la successiva richiesta della stazione appaltante di dare corso alla redazione del progetto; - il rilevante lasso di tempo trascorso (circa tre anni) tra l'aggiudicazione alla ricorrente e la sfavorevole sentenza n. 5944/2017 del Consiglio di Stato.

Con sentenza 5 dicembre 2018, n. 1007, questa Sezione ha respinto nel merito la domanda di esecuzione della propria precedente sentenza n. 1089/2014, nonché la connessa domanda risarcitoria proposta ai sensi dell'art. 112, comma 3, del c.p.a., disponendo la rimessione nel ruolo ordinario delle ulteriori domande aventi a oggetto, rispettivamente, l'annullamento degli atti in epigrafe descritti e il risarcimento del danno da lesione dell'affidamento, nonché fissando per la trattazione delle stesse l'udienza pubblica dell'8 maggio 2019, all'esito della quale la causa è stata poi trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Si osserva preliminarmente che, alla luce della precedente sentenza di questa Sezione n. 1007/2018 (vedi narrativa), devono essere ancora decise le seguenti domande processuali:

- la domanda di annullamento dell'atto di ritiro in autotutela dell'originaria aggiudicazione alla Pellegrini, nonché della conseguente escussione della cauzione provvisoria;
- la domanda di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento, proposta in via subordinata rispetto alla (già respinta con la sopra citata sentenza) domanda di risarcimento del danno per impossibilità di esecuzione del giudicato.

Le stesse sono infondate e devono essere respinte, per le ragioni che si passa a esporre.

2. Cominciando dalla contestazione mossa nei confronti della decisione di Abbanoa di ritirare in autotutela l'originaria aggiudicazione, è sufficiente ribadire quanto già osservato nella precedente sentenza n. 1007/2018 e cioè che -per effetto della sentenza del Consiglio di Stato n. 5944/2017 (confermata, da ultimo, in sede di revocazione: vedi narrativa), con cui è stata decretata l'illegittimità dell'iniziale decisione di Abbanoa di non procedere in autotutela, nonché l'inefficacia del contratto (eventualmente) concluso, con il subentro della controinteressata nel

relativo rapporto- la stazione appaltante, con tutta evidenza, altro non poteva fare che procedere all'annullamento di quell'aggiudicazione, proprio per dare esecuzione al *dictum* del Giudice d'appello.

3. Quanto alla domanda di risarcimento per lesione dell'affidamento, la stessa trova smentita nel fatto che l'esito finale della vicenda è legato -non già a un errore della stazione appaltante, bensì- a una circostanza sopravvenuta all'aggiudicazione, cioè la cancellazione dall'Albo del direttore tecnico dello studio di progettazione indicato dalla Pellegrini, ascrivibile alla sfera di controllo della stessa parte ricorrente, la quale, in tal modo, è venuta meno al proprio onere di conservare il possesso dei requisiti richiesti per tutta la durata procedura di affidamento; ciò giustifica di per sé l'operato della stazione appaltante, a prescindere dal fatto che quanto verificatosi sia attribuibile o meno a diretta responsabilità della Pellegrini, il che potrebbe assumere rilievo nei rapporti interni tra la stessa ricorrente e i suoi progettisti, ma non certo nei confronti della stazione appaltante.

4. Restano da esaminare le specifiche doglianze che Pellegrini rivolge nei confronti della decisione di Abbanoa di escutere la cauzione provvisoria, le quali possono riassumersi nei termini seguenti:

- la citata sentenza del Consiglio di Stato n. 5944/2017 nulla avrebbe disposto sul punto, per cui la stazione appaltante -nel limitarsi a prendere atto di tale pronuncia- non avrebbe adeguatamente motivato la propria decisione;
- l'art. 75, comma 6, del d.lgs. 163/2006 consentirebbe l'incameramento della cauzione provvisoria solo ove non sia stato possibile addivenire alla stipula del contratto per un fatto ascrivibile all'aggiudicatario, mentre nel caso in esame la Pellegrini avrebbe tenuto un atteggiamento diligente e "costantemente collaborativo" nei confronti della stazione appaltante;
- neppure si sarebbe verificata, nel caso di specie, una mancata o insufficiente dimostrazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa in sede di verifica, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006.

Tale prospettazione non può essere condivisa, giacché, secondo una consolidata interpretazione giurisprudenziale, pienamente condivisa dal Collegio, il mancato rispetto, da parte dell'aggiudicatario, del proprio onere di conservare i necessari requisiti soggettivi per tutto lo svolgimento della procedura selettiva, implica

necessariamente l'incameramento della cauzione da parte della stazione appaltante, la quale deve procedervi *“in ogni caso in cui la mancata sottoscrizione del contratto sia dipesa da circostanze imputabili all'affidatario, avendo la cauzione provvisoria la funzione di garantire la complessiva solidità e serietà dell'offerta”* (così, da ultimo ed *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. IV, 24 ottobre 2018, n. 6059); ciò smentisce i rilievi della ricorrente in ordine, oltre che alla propria “non colpevolezza”, al presunto difetto di motivazione dell'atto impugnato, giacché il carattere strettamente vincolato dello stesso esonerava la stazione appaltante da una specifica motivazione sul punto.

Per quanto premesso le domande esaminate devono essere respinte, con spese a carico della parte soccombente, come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) respinge il ricorso in epigrafe proposto.

Condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite, liquidate in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre agli accessori di legge, in favore sia della parte resistente che di quella controinteressata.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Dante D'Alessio, Presidente

Tito Aru, Consigliere

Antonio Plaisant, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonio Plaisant

IL PRESIDENTE
Dante D'Alessio

IL SEGRETARIO