

Publicato il 18/02/2019

N. 01116/2019REG.PROV.COLL.
N. 01771/2018 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1771 del 2018, proposto da:

Cooperativa Sociale della Pallacorda, in proprio e quale mandataria della costituenda A.t.i. con Croce di Malto S.r.l., Forgest S.a.s., C.G.M. Group S.r.l., nonché Terredelticino s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Stefano Bottacchi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Valerio Stanisci in Roma, via F.P. de' Calboli, n. 54;

contro

Ente di Gestione delle Aree Protette del Ticino e del Lago Maggiore, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanna Scollo e Stefano Gattamelata, con domicilio eletto presso lo studio

dell'avvocato Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore, n. 22;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione Seconda, n. 01322/2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ente di Gestione delle Aree Protette del Ticino e del Lago Maggiore;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2019 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Bottacchi Stefano e Cuonzo, su delega di Gattamelata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza appellata il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, sezione seconda, ha respinto il ricorso avanzato dalla Cooperativa Sociale della Pallacorda s.c. a r.l., in proprio e in qualità di mandataria dell'A.t.i. costituenda con le società Croce di Malto s.r.l., Forgest s.a.s. di Fortina Alberto & C. e C.G.M. Group s.r.l., nonché dalla società Terradelticino s.r.l., per l'annullamento della revoca dell'aggiudicazione provvisoria della concessione di lavori pubblici e gestione per scopi turistici e ricettivi e per attività agricole relative all'Area Casone Montelame disposta dall'Ente di Gestione delle Aree Protette del Ticino e del Lago Maggiore.

1.1. La sentenza – dato atto che l'Ente Parco, previo avvio del procedimento, aveva adottato la determinazione dirigenziale n. 139 del 26 aprile 2017, con la quale aveva disposto la revoca dell'aggiudicazione provvisoria sul rilievo

dell'esistenza di fondati dubbi circa la solidità economica del raggruppamento aggiudicatario e dell'assenza del requisito di partecipazione costituito dalla regolarità contributiva per due imprese mandanti - ha respinto i quattro motivi di ricorso per le ragioni di cui si dirà in prosieguo.

1.2. Ne è seguito il rigetto della domanda di annullamento e delle domande consequenziali di condanna dell'amministrazione all'emissione del provvedimento di aggiudicazione definitiva e alla stipula della convenzione, oltre che al risarcimento dei danni per illegittimità della revoca.

E' stata altresì rigettata la domanda risarcitoria, formulata in via subordinata, per responsabilità precontrattuale ai sensi degli artt. 1223 e 1337 cod. civ.

Le spese di lite sono state compensate per la complessità delle questioni esaminate.

2. Avverso la sentenza la Cooperativa Sociale della Pallacorda s.c. a r.l., in proprio e nella qualità sopra indicata, nonché la società Terradelticino s.r.l. hanno proposto appello con sette motivi.

2.1. Si è costituito in giudizio per resistere al gravame l'Ente di Gestione delle Aree protette del Ticino e del Lago Maggiore.

2.2. All'udienza pubblica del 10 gennaio 2019, previo deposito di memorie e di repliche da ambedue le parti, la causa è stata posta in decisione.

3. La sentenza ricostruisce come segue le vicende della procedura di aggiudicazione:

<<1. Con deliberazione di giunta n. 47 del 7 giugno 2011, l'Ente di gestione del Parco Naturale della Valle del Ticino bandiva una procedura negoziata ai sensi dell'art. 57 secondo comma lett. a) e c) del D. Lgs. n. 163 del 2006, per l'affidamento della "concessione di lavori pubblici e gestione a scopi turistici e ricettivi e per attività agricole dell'Area Casone Montelame", da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La concessione aveva ad oggetto, in particolare, la “progettazione definitiva, esecutiva, costruzione e gestione relativa all’area Casone Montelame per scopi turistico ricettivi e per attività agricole come da progetto preliminare presentato dal promotore, modificato sulla base delle determinazioni dell’Ente”.

Il costo complessivo dell’opera era stimato in € 3.291.963,44, dei quali € 2.003.900,00 costituenti l’importo a base di appalto ed € 930.913,79 per somme a disposizione, oltre oneri fiscali per € 357.149,66.

1.1. Alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, perveniva un’unica offerta: quella presentata dalla costituenda ATI tra la Cooperativa Sociale della Pallacorda (capogruppo mandataria), e le imprese mandanti Croce di Malto, Forgest s.a.s. e C.G.M. Group s.p.a.

1.2. All’esito delle operazioni di valutazione da parte della commissione esaminatrice, la stazione appaltante adottava la determinazione dirigenziale n. 258 del 30 dicembre 2011 con la quale disponeva l’aggiudicazione provvisoria della gara in favore dell’unica concorrente.

1.3. [...] la copertura finanziaria del progetto era costituita, in parte da un finanziamento pubblico di € 2.200.000,00 concesso dalla Regione Piemonte e in parte da un finanziamento privato di € 1.194.000,00 a carico della concorrente aggiudicataria. Peraltro, dal momento che alla data di avvio della procedura negoziata la stazione appaltante aveva ricevuto dalla Regione, a titolo di finanziamento pubblico, la minor somma di € 1.400.000,00 senza alcuna certezza di ricevere il residuo, nella lettera di invito era stata inserita una clausola per consentire all’amministrazione di ridurre fino al 20% l’erogazione del contributo, con conseguente riduzione delle opere da realizzare. [...] all’atto di disporre l’aggiudicazione provvisoria, la stazione appaltante subordinava l’adozione dell’atto di aggiudicazione definitiva, tra l’altro, alla definizione di un accordo preventivo con l’ATI aggiudicataria in merito alle modifiche da apportare al progetto in relazione alla riduzione del contributo pubblico.>>.

*3.1. Giova aggiungere che, con nota prot. n. 1622 del 4 maggio 2012, l’Ente Parco richiedeva alle imprese facenti parte dell’a.t.i. l’invio dei dati necessari per l’acquisizione del DURC ed inoltre che le imprese del raggruppamento costituivano, ai sensi dell’art. 156 del d.lgs. n. 163 del 2006 (applicabile *ratione temporis*) la società di progetto denominata*

“Terradelticino s.r.l.” che, in base a detta norma, sarebbe dovuta subentrare alle aggiudicatario nel rapporto di concessione.

3.2. Nonostante l'avvio da parte della stazione appaltante della fase di verifica del possesso dei requisiti, l'aggiudicazione provvisoria non era seguita dall'aggiudicazione definitiva, poiché, nel periodo compreso tra il 2012 ed il 2016 - a causa di difficoltà finanziarie dell'Ente Parco, che lo avevano costretto ad utilizzare per il pagamento degli stipendi del personale il contributo regionale concesso per l'opera -, erano via via concordate con la società di progetto varie modifiche del rapporto concessorio.

3.3. Infine, con nota del 19 maggio 2016 l'Ente chiedeva la conferma dell'interesse alla definizione della procedura di aggiudicazione, che veniva data dalla società Terradelticino con nota del 25 luglio 2016.

3.4. Tale corrispondenza era seguita da una nota del 15 novembre 2016 con la quale l'Ente Parco, riferendo di avere ricevuto la notificazione di un pignoramento presso terzi, chiedeva alla società di fornire chiarimenti in merito alla situazione economica dell'a.t.i. ed, in particolare, in merito alla sostenibilità del piano economico finanziario presentato in sede di gara.

I chiarimenti richiesti erano forniti con nota del legale della società Terradelticino in data 23 novembre 2016.

3.5. Ritenuta l'insufficienza dei chiarimenti e dato conto dell'esito negativo per la ditta Forgest e per la ditta C.G.M. Group delle sopravvenute verifiche circa la permanenza del requisito di regolarità contributiva, l'Ente Parco adottava la determinazione dirigenziale n. 139 del 26 aprile 2017 di revoca dell'aggiudicazione e successivamente respingeva l'istanza di autotutela del 14 giugno 2017.

3.6. Date le circostanze di fatto fin qui sintetizzate, poste a fondamento della sentenza impugnata, gli appellanti ripropongono, con i primi quattro motivi di gravame, i motivi di ricorso già respinti in primo grado.

4. Col primo motivo (*Violazione ed erronea applicazione dell'art. 77 del decreto legislativo n. 163 del 2006 – violazione e falsa applicazione degli artt. 11, 12 e 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006 – violazione degli artt. 7 e seguenti della legge n. 241 del 1990 e s.m.i.- violazione del principio del contraddittorio e dei principi generali che regolano la partecipazione al procedimento amministrativo*) si torna a sostenere l'illegittimità del procedimento per la mancanza della comunicazione di avvio, evidenziandosi che nella motivazione del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione è richiamata una comunicazione di avvio del procedimento effettuata a mezzo posta elettronica ordinaria, che si assume non essere mai pervenuta alla Cooperativa sociale della Pallacorda, né alla Terradelticino s.r.l.; si aggiunge che comunque l'art. 77, co. 5, del d.lgs. n. 163 del 2006 avrebbe imposto l'utilizzo della posta elettronica certificata anche nei confronti dell'Ente Parco, annoverabile tra le pubbliche amministrazioni individuate dall'art. 1, co.2, del d.lgs. n. 165 del 2001.

4.1. Il motivo è infondato.

Con la sentenza gravata si è escluso che la revoca dell'aggiudicazione provvisoria imponga la comunicazione di avvio del procedimento e si è comunque riscontrato che l'Ente Parco aveva inviato la comunicazione all'indirizzo *e-mail* del presidente e legale rappresentante della Cooperativa (vale a dire allo stesso indirizzo a cui era stata inviata e ricevuta la nota del 15 novembre 2016), non prevedendo il bando la necessità della comunicazione via PEC.

4.2. A fini decisori dell'appello è sufficiente ribadire che, come da giurisprudenza consolidata, l'aggiudicazione provvisoria –secondo la disciplina dettata dal d.lgs. n. 163 del 2006, applicabile *ratione temporis*- non costituisce un provvedimento conclusivo del procedimento, facendo nascere in capo all'interessato soltanto la mera aspettativa alla relativa definizione, con la conseguenza che la stazione appaltante può procedere alla revoca od all'annullamento, senza necessità di attivare la partecipazione procedimentale dell'aggiudicatario provvisorio (cfr., tra le altre, Cons. Stato, IV, 12 gennaio 2016, n. 67; id., V, 31 agosto 2016, n. 3746 e, da ultimo, id., V, 11 ottobre 2018, n.5863).

4.3. Il principio non ammette deroghe, nemmeno nel caso in cui la stazione appaltante, come accaduto nel caso di specie, provveda *sua sponte* a rendere partecipe l'interessato dell'adottando provvedimento di revoca.

Né si può ritenere - come infondatamente sostenuto dall'appellante - che l'amministrazione si sia "autovincolata" ad un adempimento non obbligatorio per legge solo perché ha trasmesso alla mandataria la comunicazione, a mezzo posta elettronica ordinaria, di cui alla nota n. 941 del 6 marzo 2017, poi richiamata nel provvedimento di revoca. Si tratta infatti di condotta posta in essere in ossequio ai principi di leale collaborazione e di trasparenza dell'attività amministrativa, finalizzata a rafforzare la tutela dell'a.t.i. aggiudicataria provvisoria. L'asserito omesso raggiungimento di tale finalità - come assumono le appellanti, per la mancata ricezione della comunicazione trasmessa per posta elettronica ordinaria - non inficia il procedimento, né lo inficia il mancato utilizzo della posta elettronica certificata, perché - come detto - si tratta di finalità ulteriore, perseguita *ad abundantiam* dalla stazione appaltante, senza alcun vincolo posto dalla legge o dalla disciplina di gara.

Il primo motivo di appello va respinto.

5. Col secondo motivo (*Violazione dell'art. 38, primo comma, lett. i), del decreto legislativo n. 163 del 2006 e s.m.i. e del decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali 30 gennaio 2015*), si torna a sostenere che l'Ente Parco aveva già positivamente verificato la sussistenza del requisito di regolarità contributiva in capo a tutte le imprese facenti parte dell'a.t.i., sia al momento di presentazione dell'offerta che al momento dell'aggiudicazione provvisoria e che, comunque, le irregolarità sopravvenute in capo a Forgest ed C.G.M. Group erano state tempestivamente sanate e si sarebbero dovute considerare prive dei caratteri di gravità e di definitività che avrebbero potuto consentire la revoca dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. i) del d.lgs. n. 163 del 2006 (in quanto riguardanti in gran parte la mancata presentazione di denunce obbligatorie, vale a dire inadempimenti soltanto di natura formale, nonché il mancato versamento di contributi

per importi annuali inferiori a € 150,00, cioè inferiori alla soglia prevista dall'art. 3, co. 3, del d.m. 30 gennaio 2015 per presumere la gravità dello scostamento tra le somme dovute e quelle versate).

5.1. Il motivo è infondato.

La sentenza gravata ha ritenuto mancante il requisito della regolarità contributiva in capo alle ditte Forgest s.a.s. e CMG Group s.r.l. per quanto emerso in sede di verifica dei DURC, risultati irregolari alle date del 5 ottobre 2016, 7 dicembre 2016 e 21 febbraio 2017 (per mancata presentazione all'INAIL e all'INPS delle denunce obbligatorie periodiche e, soltanto per la Forgest, per il mancato versamento dell'importo di € 143,77), precisando essere precluso alla stazione appaltante qualsivoglia apprezzamento sulla gravità in concreto e sulla definitività dell'inadempimento contributivo in presenza di DURC irregolari, come da giurisprudenza amministrativa ivi richiamata (tra cui, nell'ordine, Cons. Stato, V, 12 luglio 2017, n. 3438, id., VI, 27 dicembre 2016, n. 5464; id., III, 26 aprile 2017, n. 1927).

5.2. La decisione va confermata.

La sanatoria eventualmente sopravvenuta non rileva, alla stregua del principio giurisprudenziale, che deve ribadirsi, per il quale il requisito della regolarità contributiva previsto dall'art. 38, co. 1, lett. i) del d.lgs. n. 163 del 2006 deve sussistere al momento di presentazione dell'offerta e deve permanere per tutta la durata della procedura di aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n.5, che ha chiarito come non siano consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, ai fini della partecipazione alle gare d'appalto, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, co. 8, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, che ha recepito a livello legislativo l'istituto dell'invito alla regolarizzazione, da valere solo nei rapporti tra impresa ed ente previdenziale; in termini, successivamente, tra le altre, Cons. Stato, V, 8 marzo 2018, n. 1497).

5.3. Non è inoltre corretto l'assunto dell'appellante circa l'ammissibilità del sindacato delle stazioni appaltanti sulle certificazioni rilasciate dagli istituti di previdenza.

Se è vero infatti che rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo l'accertamento inerente la regolarità del documento unico di regolarità contributiva, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara (così Cons. Stato, Ad. plen., 25 maggio 2016, n. 10 e Cass. S.U. 29 marzo 2017, n. 8117), è pur indubitabile che tale accertamento non ha affatto ad oggetto l'apprezzamento dei dati riportati nel documento, sotto il profilo della gravità e della definitività dell'inadempimento contributivo dell'operatore economico, ma soltanto la regolare registrazione di tali dati. Qualora questi non siano contestati, non vi è alcun margine di valutazione riservato alla stazione appaltante in punto di gravità e di definitività delle irregolarità contributive oggettivamente esistenti, dal momento che si tratta di profili predefiniti per legge e da certificarsi da parte degli istituti previdenziali, mediante rilascio o meno del documento unico di regolarità contributiva. Infatti, costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del DURC, come chiarito dall'attuale formulazione dell'art. 80, co.4, del d.lgs. n. 50 del 2016 (non direttamente applicabile al caso in esame), ma come già univocamente ritenuto dalla giurisprudenza formatasi in riferimento all'art. 38, co.1, lett.i), del d.lgs. n.163 del 2006 (cfr., oltre ai precedenti citati nella sentenza e su riportati, già Ad plen., 4 maggio 2012, n.8, nonché Cons. Stato, VI, 15 settembre 2017, n. 4349 e, di recente, id., V, 5 giugno 2018 n.3385, nel senso che le certificazioni degli istituti di previdenza si *“impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto”*).

5.4. Nel caso di specie, l'irregolarità contributiva risultante a carico delle due imprese mandanti, Forgest e CGM Group, in quanto ostativa al rilascio di DURC regolari, costituiva causa di esclusione dalla procedura e, quindi, è stata legittimamente posta a fondamento della revoca dell'aggiudicazione provvisoria.

Giova precisare che l'irregolarità non consiste soltanto nel mancato pagamento dell'importo di € 143,77 da parte di Forgest, ma che, come detto, per questa impresa e per l'altra mandante CGM Group, la ragione ostativa al rilascio di DURC regolari è consistita nel mancato adempimento degli obblighi di presentazione delle denunce periodiche. Tale

inadempimento, di per sé, integra violazione contributiva grave, a prescindere dal fatto che, in conseguenza della mancata presentazione delle denunce, sia stato omesso il versamento di contributi per importi inferiori all'importo-soglia di cui all'art. 3, co. 3, del d.m. 30 gennaio 2015: l'omessa o l'incompleta presentazione delle denunce obbligatorie impedisce il rilascio di DURC regolare prima della sanatoria, pur sempre possibile, ma non rilevante nei rapporti tra l'impresa e la stazione appaltante in riferimento alla gara in corso.

5.5. Così intesa, la normativa interna non confligge con le disposizioni della direttiva n. 2004/18 e con gli artt. 49, 59, 101 del TFUE, nonché col principio di proporzionalità, poiché a causa dell'omissione dell'obbligo di denuncia gravante sull'impresa è impedita la conoscenza *ex ante* dell'ammontare dei contributi omessi e tale impedimento è imputabile all'impresa stessa, che non può che sopportarne le conseguenze nei termini sopra specificati.

Risulta pertanto evidente che la questione non è quella che la parte appellante, con l'ultima memoria, chiede sia rimessa in via pregiudiziale all'interpretazione della Corte di Giustizia (*“Se le disposizioni della Direttiva 2004/18/UE e degli artt., 49, 59, 101 del TFUE, nonché il principio di proporzionalità vadano interpretati nel senso che ostino a una normativa nazionale che riguardo alle concessioni e agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture obblighi l'amministrazione aggiudicatrice a disporre l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione un offerente responsabile di una infrazione in materia di versamento di contributi previdenziali, se: (a) lo scostamento rilevato tramite un documento rilasciato dall'Ente previdenziale competente risulti inferiore alla soglia di gravità prevista dalla disciplina previdenziale dello Stato membro e (b) senza che l'amministrazione aggiudicatrice possa rilevare dal documento stesso il carattere - o meno - grave della violazione?”*), in quanto non si tratta di giudicare della gravità di uno scostamento tra i contributi versati e quelli omessi, bensì della gravità dell'inadempimento ad obblighi contributivi obbligatori.

Il secondo motivo d'appello va perciò respinto, così come va respinta la richiesta di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

6. Col terzo motivo (*Violazione dell'art. 37 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e dell'art. 112 c.p.c. – Error in iudicando per omessa considerazione dell'insussistenza del presupposto di fatto indicato nel provvedimento impugnato in primo grado*) si censura il provvedimento di revoca perché nella motivazione è affermato che non sarebbe stata consentita una modificazione in senso riduttivo dell'a.t.i. al fine di ovviare ad un'esclusione per carenza dei requisiti, malgrado la Cooperativa sociale della Pallacorda e Terradelticino s.r.l. non avessero mai rivolto alla stazione appaltante istanze di modifica della composizione del raggruppamento.

6.1. Il motivo è infondato.

La sentenza gravata ha escluso che il difetto del requisito di regolarità contributiva potesse essere superato mediante una diversa composizione del raggruppamento, richiamando il principio per il quale *“il divieto di modificazione della compagine delle A.t.i. nella fase procedurale corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, di per sé non impedisce il recesso di una o più imprese partecipanti all'A.t.i. medesima, a condizione che quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò avvenga per esigenze organizzative proprie dell'A.t.i. o Consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'A.t.i. venuto meno per effetto dell'operazione riduttiva”* (Cons. Stato, V, 28 agosto 2017 n. 4086).

6.2. La circostanza, posta a fondamento del motivo di gravame, che il provvedimento di revoca avesse anticipato tale valutazione, sebbene le odierne appellanti non avessero mai richiesto la modifica in senso riduttivo dell'a.t.i. non inficia la correttezza del ragionamento della stazione appaltante e del primo giudice.

Non è decisiva nel senso preteso dall'appellante la giurisprudenza comunitaria richiamata nell'atto di appello, che consente la modifica del raggruppamento mediante il subentro di nuovi operatori economici in possesso dei requisiti, ma alle stesse condizioni riconosciute dalla giurisprudenza nazionale (Corte Giustizia UE, 24 maggio 2016, in causa C – 396/14, che ha affermato il seguente principio di diritto: *“Il principio di parità di trattamento degli operatori economici, di cui*

all'articolo 10 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in combinato disposto con l'articolo 51 della medesima, deve essere interpretato nel senso che un ente aggiudicatore non viola tale principio se autorizza uno dei due operatori economici che facevano parte di un raggruppamento di imprese invitato, in quanto tale, da siffatto ente a presentare un'offerta, a subentrare a tale raggruppamento in seguito allo scioglimento del medesimo e a partecipare, in nome proprio, a una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico, purché sia dimostrato, da un lato, che tale operatore economico soddisfa da solo i requisiti definiti dall'ente di cui trattasi e, dall'altro, che la continuazione della sua partecipazione a tale procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza”).

Infatti, il limite a qualsivoglia modifica soggettiva del raggruppamento partecipante alla gara è costituito dal divieto di elusione, in corso di gara, della mancanza di un requisito di partecipazione; la perdita sopravvenuta del requisito in capo ad una delle imprese del raggruppamento non incide sfavorevolmente soltanto qualora intervenga in fase esecutiva, come attualmente codificato dall'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal d.lgs. n. 56 del 2017 (secondo una regola già seguita dalla giurisprudenza nella vigenza del codice di cui al d.lgs. n. 163 del 2006: cfr. Cons. Stato, V, 2 marzo 2015, n. 986, tra le altre).

6.3. Nel caso di specie, essendo venuto meno il requisito della regolarità contributiva in capo a due delle imprese partecipanti all'a.t.i. aggiudicataria provvisoria, questa non avrebbe potuto conseguire l'aggiudicazione definitiva né per il fatto che le due imprese regolari sotto il profilo contributivo (la mandataria e la mandante Croce di Malto) sarebbero state in grado di eseguire autonomamente il contratto, né per la modifica della composizione del raggruppamento mediante il subentro di altri operatori in possesso dei requisiti di partecipazione, poiché nell'uno e nell'altro caso ne sarebbe risultata elusa la legge di gara; ciò, che non è consentito fare *ex post*, nemmeno quando –come nel caso di specie– vi sia stato un unico partecipante alla gara.

Il terzo motivo va quindi respinto.

7. Col quarto motivo (*Violazione ed erronea applicazione dell'art. 11 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e dell'art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990 e s.m.i. sotto diverso profilo. Error in iudicando per omessa considerazione delle prove documentali offerte nel giudizio di primo grado*) si ripropongono le censure di erroneità del convincimento negativo della stazione appaltante sulla capacità economico finanziaria dell'a.t.i. e di pretestuosità del riferimento, contenuto nella motivazione del provvedimento di revoca, all'atto di pignoramento presso terzi notificato all'Ente Parco.

7.1. Il motivo è infondato.

La sentenza gravata ha ritenuto che la valutazione dell'amministrazione in ordine all'inopportunità di addivenire all'aggiudicazione definitiva e alla stipula della convenzione con il raggruppamento aggiudicatario non presentasse alcun carattere "pretestuoso", come dedotto dalla ricorrente, né profili di evidente irragionevolezza o illogicità, "*apparendo piuttosto il frutto di considerazioni doverosamente prudentziali, giustificate dai dubbi sulla solidità economico-finanziaria dell'ATI aggiudicataria indotti dallo stesso contegno dell'interessata e aggravati dalla ponderosità dell'impegno finanziario che il privato avrebbe dovuto accollarsi in base alla lex specialis di gara*", tenuto conto in particolare del pignoramento presso terzi notificato all'Ente Parco da società creditrice della società Terredelticino e del contenuto dei chiarimenti forniti alla stazione appaltante dal legale di quest'ultima in data 23 novembre 2016 (secondo la sentenza, "*dal contenuto generico ed evasivo*").

7.2. Le censure esposte nell'atto di appello non consentono di superare le ragioni poste a fondamento della decisione di primo grado, che va perciò integralmente confermata.

Non rileva in senso contrario la mancata iscrizione a ruolo della procedura di pignoramento presso terzi, su cui insiste l'appellante; ciò che rileva è l'esistenza della posizione debitoria per l'importo di € 650.000,00 della società Terradelticino s.r.l. nei confronti della società creditrice pignorante Brauhaus Engel S.a.s. di Angela Migliorin & C., risultata confermata all'esito della nota n. 4849 del 23 novembre 2016, trasmessa dal legale della società di progetto.

7.3. La relativa valutazione - sia circa l'incidenza di tale posizione debitoria sulla capacità economica del raggruppamento aggiudicatario provvisorio, sia circa la sostenibilità economica da parte di quest'ultimo del piano economico finanziario presentato in sede di gara - formando oggetto di apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, è sindacabile in sede giurisdizionale solo in presenza di illogicità manifesta o palese travisamento dei fatti.

Il contenuto della citata nota di chiarimenti n. 4849 del 2016, priva di significative garanzie sulla solvibilità della società di progetto, a fronte dell'impegno dell'a.t.i. ad erogare la somma complessiva di € 1.194.000,00 e del debito già contratto (per l'acquisto di beni strumentali all'esercizio dell'attività rientrante nell'oggetto della concessione, ma esclusi dal finanziamento pubblico, che riguardava soltanto le opere edili e gli impianti), non è affatto idoneo a smentire la valutazione negativa della stazione appaltante sulla capacità economica della potenziale aggiudicataria.

7.4. Peraltro, l'argomento della difesa appellante secondo cui il piano economico finanziario asseverato era stato approvato al momento dell'aggiudicazione provvisoria non è invocabile a sostegno dell'a.t.i. aggiudicataria, considerato il tempo trascorso tra la determinazione di aggiudicazione provvisoria (n. 258 del 31 dicembre 2011) e la determinazione di revoca (n.139 del 26 aprile 2017). Il notevole lasso temporale tra le due determinazioni imponeva comunque la verifica della permanenza e dell'attualità di condizioni economiche dell'a.t.i. idonee a garantire la sostenibilità del piano già approvato, tenuto conto delle modifiche del rapporto concessorio successivamente concordate tra le parti.

Tale verifica è stata legittimamente condotta dalla stazione appaltante, mediante la richiesta di chiarimenti di cui alla nota del 15 novembre 2016, senza che l'esito negativo per l'a.t.i. di cui alla nota di risposta del 23 novembre 2016 sia stato smentito, nemmeno nel corso del presente giudizio.

Giova aggiungere che la valutazione negativa dell'Ente Parco non è stata affatto condizionata dall'utilizzazione delle risorse economiche, a disposizione al momento di avvio della procedura negoziata, per finanziare una spesa di natura diversa -come si assume col motivo in esame- atteso che, come meglio si dirà a proposito della domanda di risarcimento

dei danni da responsabilità pre-contrattuale, quando venne adottato il provvedimento di revoca l'Ente si trovava nella disponibilità della somma necessaria al finanziamento della concessione.

Il quarto motivo d'appello va respinto.

8. Col quinto motivo (*Violazione dell'art. 31 c.p.a. in relazione all'art. 112 c.p.c. per omessa considerazione delle circostanze addotte a sostegno della domanda di condanna dell'amministrazione all'emissione del provvedimento di aggiudicazione definitiva*) si censura il rigetto della domanda di condanna dell'Ente Parco all'emissione del provvedimento di aggiudicazione definitiva ed alla stipulazione della concessione.

8.1. Il motivo è infondato.

La legittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria e l'esito negativo dei controlli sul possesso dei requisiti in capo a due delle mandanti dell'a.t.i. aggiudicataria provvisoria impediscono definitivamente il conseguimento dell'aggiudicazione definitiva, come ritenuto dalla sentenza gravata.

Il quinto motivo d'appello va respinto.

9. Col sesto motivo (*Violazione dell'art. 30 c.p.a. in relazione all'art. 112 c.p.c. per omessa considerazione delle circostanze addotte a sostegno della domanda di condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno*) si censura il rigetto della domanda di condanna dell'Ente Parco al risarcimento dei danni derivati dal provvedimento di revoca impugnato.

9.1. Il motivo è infondato e va respinto per le ragioni già esposte trattando del quinto motivo, ostando al chiesto risarcimento la legittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria.

10. Col settimo motivo (*Violazione degli artt. 1223 e 1337 cod. civ. e dell'art. 112 c.p.c.- Error in iudicando per omessa considerazione dei presupposti della responsabilità precontrattuale dell'Ente Parco e per la conseguente condanna al risarcimento del danno*) si censura il rigetto della domanda di condanna dell'Ente Parco al risarcimento dei danni da responsabilità precontrattuale per violazione dell'obbligo di buona fede imposto dall'art. 1337 cod. civ.

In particolare, secondo l'appellante, l'indebito prolungamento della procedura, dovuto alle difficoltà finanziarie dell'Ente Parco, avrebbe finito per ledere l'affidamento dell'aggiudicataria provvisoria sulla prossima e pressoché certa aggiudicazione definitiva e sulla stipula della convenzione afferente la concessione.

10.1. Il motivo è infondato.

La sentenza gravata ha già rilevato come la stazione appaltante abbia documentato che *“i ritardi nella procedura non sono derivati da causa ad essa imputabile e che il prolungarsi della procedura di gara è dipeso in modo consistente dalle plurime richieste di modifica delle condizioni contrattuali proposte dall'ATI ricorrente, cui hanno dovuto far seguito complesse valutazioni da parte della stazione appaltante in ordine all'assentibilità delle stesse”*.

10.2. Le argomentazioni spese con l'atto di appello non smentiscono il dato di fatto che, pur essendo l'Ente Parco incorso in difficoltà finanziarie, tuttavia non sono state queste la causa della mancata aggiudicazione definitiva. Infatti, se è vero che, in un primo momento la stazione appaltante ebbe a comunicare che erano venute meno le condizioni per l'erogazione del finanziamento pubblico (comunicazioni del 30 gennaio e del 3 ottobre 2013) e che le risorse disponibili sarebbero dovute essere utilizzate ad altri fini istituzionali (deliberazioni del consiglio direttivo n. 31 del 25 dicembre 2013 e n. 5 del 13 febbraio 2014), tuttavia, in ragione di tale temporanea indisponibilità economica, venne proposta la rateizzazione della quota del finanziamento pubblico (di € 1.900.000,00) in venti rate annuali dell'importo ciascuna di € 95.000,00, prolungando la durata della concessione, e la proposta venne accettata dall'a.t.i., inducendo il consiglio direttivo dell'ente ad approvare un nuovo schema di convenzione con deliberazione n. 17 del 22 maggio 2014.

Tale approvazione venne però seguita dalla richiesta, a più riprese (note in data 2 luglio 2014 e in data 25 luglio 2014), da parte dell'aggiudicataria provvisoria, di diverse modifiche progettuali che, come detto nella sentenza, rendendo imprescindibili complesse valutazioni da parte della stazione appaltante, hanno finito per allungare ulteriormente i tempi

istruttori (come dimostrato anche dalla comunicazione prot. n. 638 del 17 marzo 2015 con la quale l'Ente Parco faceva presente di avere coinvolto la Regione Piemonte circa le modifiche in discussione del contratto di concessione).

10.3. La condotta tenuta dalla stazione appaltante, nelle more, va immune da censure, in quanto non è vero che non sia riuscita a tenere fede al proprio impegno di spesa per la destinazione alternativa del finanziamento regionale, ma all'opposto si adoperò per adeguare agli eventi sopravvenuti tale impegno, mantenendolo fermo, sia pure a condizioni diverse, tuttavia accettate dalla futura controparte contrattuale. L'Ente Parco aveva la disponibilità della somma necessaria, nel momento in cui sarebbe dovuta intervenire l'aggiudicazione definitiva (come dimostrato dalla produzione dell'estratto del libro mastro depositato il 3 dicembre 2018, documento producibile in appello –contrariamente a quanto eccepito dalle appellanti- sia perché sopravvenuto in corso di giudizio sia perché non altera il *thema decidendum* di questo, servendo soltanto a superare l'obiezione delle appellanti all'affermazione, ripetuta dalla difesa dell'Ente Parco, dello stanziamento di una somma – risultata complessivamente pari ad € 1.931.871,95- dalla quale avrebbero potuto essere ricavate le risorse per dare corso alla concessione, alle condizioni come concordemente modificate).

La revoca dell'aggiudicazione provvisoria non è stata causata dalla mancanza delle risorse economiche necessarie a coprire l'importo di finanziamento a carico dell'ente pubblico.

L'Ente Parco non si è quindi trovato nelle condizioni di dover esercitare i poteri di autotutela, ritirando immediatamente i propri provvedimenti pur nel riconosciuto periodo di difficoltà finanziaria vissuto a cavallo tra gli anni 2012 e 2014 (potendo configurarsi tale fattispecie risarcitoria solo quando la p.a., accortasi delle ragioni che consigliavano di procedere in via di autotutela mediante la revoca della già disposta aggiudicazione non abbia immediatamente ritirato i propri provvedimenti, prolungando inutilmente lo svolgimento della gara, così inducendo le imprese concorrenti a confidare nelle *chances* di conseguire l'appalto: Cons. Stato, sez. V, 1 febbraio 2013, n. 633, richiamato da Cons. Stato, V, 5 maggio 2016, n. 1797, impropriamente citato dall'appellante).

10.4. Sebbene la struttura recettiva dovesse essere realizzata in vista di Expo 2015, come detto negli atti di gara, non si può sostenere che, trascorso il tempo di cui sopra, fosse per ciò soltanto venuto meno l'interesse dell'aggiudicataria provvisoria, dal momento che questa confermò di essere interessata alla stipulazione della convenzione dopo la richiesta avanzata in tal senso dalla stazione appaltante con nota del 19 maggio 2016.

10.5. Escluso pertanto che il dato oggettivo del lungo lasso di tempo trascorso tra l'aggiudicazione provvisoria e la sua revoca, con il mutamento *in peius* delle condizioni dell'immobile da ristrutturare (tali comunque da non far venire meno la convenienza della concessione, alle condizioni da ultimo accettate dall'a.t.i.), sia imputabile alla stazione appaltante, va altresì escluso che possano essere imputati a quest'ultima il mutamento delle condizioni economiche dell'a.t.i. (in modo da aver indotto ad un giudizio negativo sulla sostenibilità dell'originario piano economico finanziario) ed il venir meno dei requisiti di partecipazione in capo a due delle sue mandanti.

10.6. Alla stregua delle considerazioni che precedono, non può che concludersi nel senso della mancanza di qualsivoglia profilo di colpa o di contrarietà ai canoni della correttezza e della buona fede nell'azione della p.a., elemento soggettivo imprescindibile per l'ascrivibilità della responsabilità a titolo precontrattuale (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5).

Questa infatti può ricorrere anche in caso di legittimità del provvedimento di revoca di una gara ad evidenza pubblica, pur rispondente al pubblico interesse, ma presuppone necessariamente che la situazione sopravvenuta, che imponga l'interruzione della procedura, sia stata causata da una condotta della stazione appaltante contraria ai canoni della correttezza e della buona fede nella conduzione della procedura medesima (come nei precedenti di cui a Cons. Stato, IV, 20 febbraio 2014, n. 790 e id., V, 6 novembre 2017, n. 5091, entrambi citati dall'appellante); specificamente – per quanto qui rileva - presuppone una condotta ingiustificatamente dilatoria, che, invece, non vi è stata nel caso di specie.

11. In conclusione, l'appello va respinto.

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

P.Q.M.

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

Condanna le appellanti, in solido, al pagamento delle spese processuali, che liquida, in favore dell'appellato, nell'importo complessivo di € 3.000,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO

